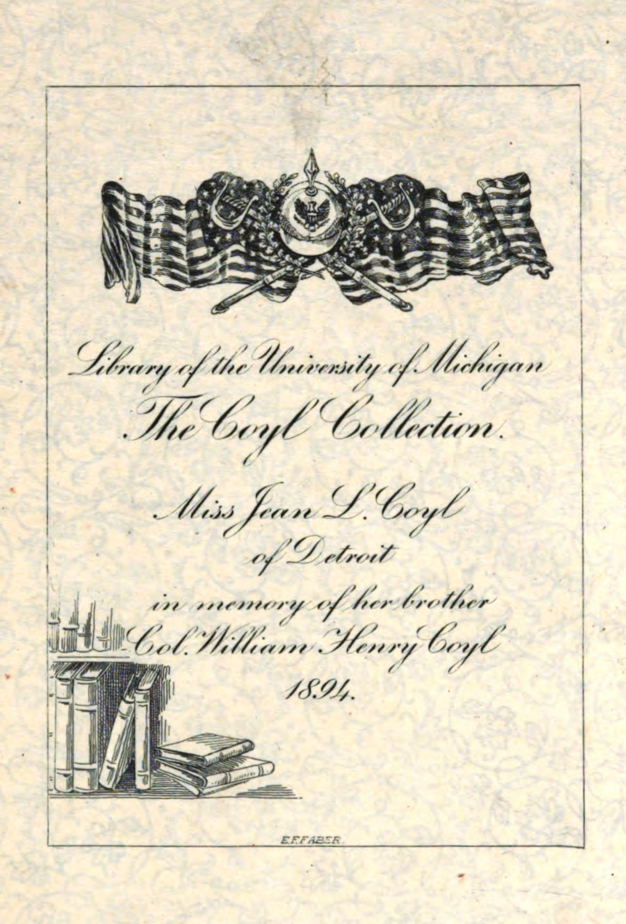



Library of the University of Michigan
The Coyl Collection.
Miss Jean L. Coyl
of Detroit
in memory of her brother
Col. William Henry Coyl
1894.
E.F.FABER.



ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

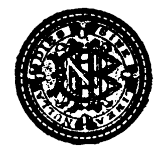
E. I. BEKKER, L. MITTEIS, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

FÜNFUNDDREISSIGSTER BAND

XLVIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1914.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXXV. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Miszellen:

Literatur:

I.

Exegetica.

Von

Herrn Prof. Dr. **Fr. Eisele**

in Freiburg i. Br.

I.

l. 44 D. 18, 1.

Marcianus l. III regularum.

Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.

Dieses Fragment ist in dem deutschen corpus iuris, herausgegeben von Otto, Schilling und Sintenis, wie folgt übersetzt:

Wenn einer zwei Sklaven zusammen um einen Gesamtpreis gekauft hat, von denen der eine vor dem Verkauf gestorben ist, so besteht auch hinsichtlich des am Leben Verbliebenen der Kauf nicht fort.

Daß die Übersetzung „so besteht . . . der Kauf nicht fort" unrichtig ist, dürfte klar sein, und es soll darüber kein Wort weiter verloren werden. Es ist aber auch die Übersetzung von pariter durch „zusammen" zu beanstanden. „Zusammen" soll ohne Zweifel soviel bedeuten, wie „zugleich", d. h. mittelst eines Vertrags. So wird das Wort in unserer Stelle auch verstanden von Heumann-Seckel, Handlexikon, wo pariter mit „gleich", „zugleich", wiedergegeben ist, und von Dirksen, Manuale, wo wir lesen: pariter: aequaliter, simul, synonym

similiter und eodem tempore.[1]) Beide zitieren dabei unser Fragment.

Es fragt sich, ob aus dem Tatbestand, wie er nach dieser Übersetzung von pariter sich ergibt, die getroffene Entscheidung sich rechtfertigen lasse. Dies ist zu bestreiten.

Cujaz erledigt unser Fragment mit der lakonischen Bemerkung: ratio huius legis est petenda ex l. cum eiusdem generis ad aed. ed.[2]) (fr. 34 aus Africans l. 6 quaest.). Mit Recht nimmt Cujaz hier die Analogie in Anspruch, denn in unserem Fragment ist von Nichtigkeit des Kaufs die Rede, in dem von Cujaz in Bezug genommenen fr. 34 dagegen von Anwendung der ädilizischen Klagen, also von einem gültigen Kauf. Die Analogie besteht aber darin, daß bei mehreren Kaufobjekten dasselbe Tatbestandsstück, welches zur Redhibition aller führt, wenn auch nur bei einem der Objekte ein ädilizischer Mangel vorliegt, dann, wenn auch nur eines der Objekte zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags nicht mehr existierte, Nichtigkeit des Kaufs zur Folge hat.

Welches dieses Tatbestandsstück im Falle der Redhibition sei, darüber lassen uns die Quellen nicht im unklaren. Am ehesten könnte man noch gerade auf Grund der cit. l. 34 Zweifel hegen. Diese lautet, zunächst in ihrem pr., wie folgt:

> Cum eiusdem generis plures res simul veneant, veluti comoedi vel chorus, referre ait, in universos an in singulos pretium constituatur, ut scilicet interdum

---

[1]) Nur simul und das synonyme eodem tempore, bei Heumann „zugleich", kommen in Betracht; aequaliter (synonym similiter), bei Heumann „gleich", beziehen sich auf eine andere Verwendung des Wortes pariter, wie wir sie z. B. in l. 9 pr. D. 45, 2 finden: „in gleicher Weise, unter gleichen Bedingungen".

[2]) Commentatio in tit. I de contr. empt. lib. 18 Dig., opp. vol. VII, 696 E. (Mutin. 1779). Vgl. auch IV, 224 B. Ganz anders VII, 681 E.: da die zwei Sklaven um einen Preis verkauft seien, so habe man wegen der Schwierigkeit, den Preis für den Überlebenden zu ermitteln, es für das beste gehalten, den ganzen Kauf für nichtig zu erklären. Daß eine solche Schwierigkeit durch die Einheit des Preises nicht gegeben war, zeigt die analog zu verwertende l. 36 D. 21, 1.

una, interdum plures venditiones contractae intellegantur: quod vel eo quaeri pertinere, ut si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur.

Danach sollte man meinen, es komme lediglich darauf an, ob ein Kauf oder mehrere Käufe vorliegen: wenn ein Kauf, dann können wegen Mangelhaftigkeit eines Stückes alle redhibiert werden, sonst nur das mangelhafte Stück; und für die Frage, ob ein Kauf oder mehrere Käufe vorliegen, sollte entscheidend sein, ob für die mehreren Kaufobjekte Einzelpreise bestimmt sind oder aber ein Einheitspreis. Es zeigt aber gleich der § 1 des Fragments, daß dieselbe Rechtsfolge, wie sie bei una emptio angenommen ist, auch eintreten kann, wenn das pretium für die einzelnen Stücke gesondert ausgeworfen ist. African fährt nämlich fort:

Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emptio est, ut propter unius vitium omnes redhiberi possint vel debeant, scilicet cum manifestum erit, non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet, ut neutri non[1]) nisi omnes habere expediat.

Hiernach scheint African immer dann una emptio anzunehmen, wenn alle Stücke wegen eines bei einem derselben sich vorfindenden Mangels redhibiert werden können, gleichviel, ob Einheitspreis oder Einzelpreise.[2])

[1]) Dies non ist mit Haloander zu streichen. Statt neutri non zu lesen emptori non, was in der italienischen Oktavausgabe der Digesten (Milano 1908) vorgeschlagen wird, empfiehlt sich nicht. Es ist dabei nicht beachtet, daß es auch im Interesse des Verkäufers liegen kann, alle Stücke zurückzuerhalten (vgl. l. 38 § 14 D. 21, 1: in qua re tam emptori quam venditori consulitur), und daß gerade in unserem fr. 34 diese Doppelseitigkeit des Interesses zum Ausdruck kommt: ut omnes redhiberi possint vel debeant, ferner: non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse. Zu neutri ist übrigens zu bemerken, daß damit nicht zum Ausdruck gebracht werden soll, die Trennung der Stücke dürfe keinem von beiden Teilen passen, sondern nur, sie dürfe dem einen oder dem andern nicht passen.

[2]) Natürlich ist im letzteren Falle immer vorausgesetzt, daß die Einzelstücke von einem und demselben Verkäufer erworben sind.

Gibt sonach African im § 1 selbst zu, daß trotz Bestimmung von Einzelpreisen doch una emptio (in seinem Sinne) vorliegen kann, so zeigt uns l. 36 desselben Titels, daß umgekehrt trotz unum pretium es doch vorkommen kann, daß von mehreren uno pretio verkauften Sklaven doch nur der Sklave redhibiert werden kann, bei dem sich der Mangel findet. Das Fragment ist von Pomponius l. 23 ad Sab. und lautet:

> Si plura mancipia uno pretio venierint et de uno eorum aedilicia actione utamur, ita demum pro bonitate eius aestimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit: quod si singulorum mancipiorum constituto pretio universa tanti venierunt, quantum ex consummatione singulorum fiebat, tunc cuiusque mancipii pretium, seu pluris, seu minoris id esset, sequi debemus.

Da der Käufer den Preis des zu redhibierenden Sklaven zurückfordern kann, so frägt sich, wie dieser im Falle der Vereinbarung eines Gesamtpreises zu ermitteln sei. Pomponius entscheidet ganz sachgemäß verschieden, je nachdem ein wirklicher Einheitspreis oder aber ein durch Zusammenaddierung vereinbarter Einzelpreise gefundener Gesamtpreis vorliegt. Entsprechend würde auch bei a° quanti minoris zu verfahren sein.

Wir sehen: in Wahrheit entscheidet unum pretium, una emptio nicht. Worauf es aber wirklich ankommt, sagt uns African im § 1 gleichwohl deutlich genug:

> cum manifestum erit, non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse[1]):

Die mehreren Sachen müssen, um uns der Redeweise des BGB. zu bedienen[2]), als zusammengehörig gekauft oder verkauft sein. Will man den Ausdruck una emptio

---

[1]) So auch Fr. Mommsen, Beitr. I S. 173. Nicht glücklich ist dann aber die Sache gewendet S. 174: „hier ist es so anzusehen, als ob jede einzelne Sache das Hauptobjekt des Kontrakts bilde". Das ist offenbar so gemeint: es ist immer die Sache, die vor dem Vertragsschluß untergegangen ist, als Hauptsache anzusehen. Da fragt es sich aber: warum das? und es zeigt sich, daß diese Erklärung nichts erklärt.

[2]) BGB. § 469 S. 2.

für diesen Fall gebrauchen, so muß man sich dessen bewußt sein, daß das maßgebende, die Einheit herstellende Moment nicht in dem unum pretium[1]), sondern in dem anderen Leistungsobjekt, der merx, zu suchen ist. Die mehreren Kaufobjekte bilden, wenn sie als zusammengehörig gehandelt sind, nur eine Ware. Die Beispiele im § 1 bestätigen das: ut plerumque circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet. Bestätigend ist auch l. 38 § 14 eod. tit. (Ulp. l. 2 ad ed. aed. cur.):

> cum autem iumenta paria veneunt, edicto expressum est, ut, cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur: in qua re tam emptori quam venditori consulitur . . . simili modo et si triga venierit, redhibenda erit tota, et si quadriga[2]), redhibeatur. sed si duo paria mularum sint, et una mula vitiosa sit vel par[3]), solum par redhibebitur, alterum non: si tamen nondum sint paria constituta, sed simpliciter quatuor mulae uno pretio venierint, unius erit mulae redhibitio.

Wir sind in den die Redhibition betreffenden Stellen wiederholt auf „Paare" als auf Sachen, die zusammengehören und als solche verkauft sind, gestoßen. Das ist ein deutlicher Fingerzeig, wie das pariter in unsrer l. 44 zu verstehen ist. Es bedeutet „paarweise", „als ein Paar", und dies wird durch folgende Erwägungen außer Zweifel gestellt.

1. Der Tatbestand, welcher die Entscheidung rechtfertigen soll, wäre unvollständig, wenn pariter die Bedeutung von simul hätte, denn in dem uno pretio liegt,

---

[1]) Vgl. l. 38 § 14 D. 21, 1: si . . . . simpliciter (ohne Zusammengehörigkeitsbestimmung) quatuor mulae uno pretio venierint, unius mulae erit redhibitio, non omnium.

[2]) Mommsen repetiert quadriga, während Fadda inserieren will tota. Ersteres ist wohl vorzuziehen, weil der Ausfall eines Wortes, das wiederholt ist, sich leichter erklärt.

[3]) vel par ist wohl Interpolation oder Glossem. Ist von zwei Maultierpaaren eines fehlerhaft, so versteht es sich doch wohl von selbst, daß nur dieses eine Paar zu redhibieren ist. Dagegen scheint bei solum par etwas ausgefallen zu sein (das Paar, zu dem das fehlerhafte Stück gehört), wodurch das Wort alterum erst einen Sinn bekommt. Die Basiliken ergeben nichts.

trotz l. 34 pr. D. 21, 1 die Rechtfertigung nicht, wie l. 36 D. eod. tit. und die oben S. 5 Note 1 ausgehobenen Worte aus l. 38 § 14 eod. zeigen.

2. Würde pariter soviel bedeuten, wie simul, so wäre es überflüssig, da schon durch die Worte uno pretio gegeben ist, daß ein Kaufkontrakt vorliegt.

3. Bedeutet dagegen pariter „paarweise" = „als ein Paar", so ist mit dem Worte die Entscheidung kurz und bündig gerechtfertigt. Nicht zwei Sklaven sind verkauft, sondern ein bestimmtes Sklavenpaar. Dieses existiert nicht mehr, sobald auch nur einer der Sklaven gestorben ist; m. a. W. es liegt dann nicht etwa teilweise, sondern totale Unmöglichkeit der Leistung vor.[1])

Es mag noch die Frage aufgeworfen werden, ob pariter in der vorstehend für l. 44 D. 18. 1 nachgewiesenen Bedeutung auch sonst noch in der lateinischen Literatur zu belegen ist. Die von mir angestellten Nachforschungen ergeben kein zweifelsfreies Resultat.

Die großen Handwörterbücher von Freund und Georges enthalten nichts.

Bei Forcellini (De Vit) ist erwähnt der Ausdruck pariter par, und er wird wie folgt erklärt:

> pariter par dicitur numerus, qui potest teste Boeth. I Arithm. 9 in duo paria dividi, eiusque pars in alia duo paria . . . ut hoc toties fiat, usque dum divisio partium ad indivisibilem naturaliter perveniat unitatem.

Man kann dies so verstehen: eine Zahl heißt paarweise gerad, wenn sie aus einem Paar gerader Zahlen besteht, die wieder paarweise gerade Zahlen sein können (64 = 32 + 32; 32 = 16 + 16 usw. bis zu 2 = 1 + 1, welches nicht mehr pariter par ist).

Im Tursellinus von F. Hand fand ich s. v. pariter (vol. IV p. 387 sqq.) nur eine Stelle, wo pariter allenfalls die Bedeutung „paarweise" haben kann. Seneca ep. 5, 6 sagt von Furcht und Hoffnung:

> sic ista, quae tam dissimilia sunt, pariter incedunt;

[1]) Es erhellt auch ganz klar, daß die von Fr. Mommsen versuchte Fiktion, es sei jede der mehreren Einzelsachen als Hauptsache anzusehen (oben S. 4 Note 1), ganz überflüssig ist.

er vergleicht: quemadmodum eadem catena et custodiam[1]) et militem copulat, und sagt im vorhergehenden: dices, quomodo ista tam diversa pariter sunt. Ita est, mi Lucili: cum videantur dissidere, coniuncta sunt.

Man sieht: keine dieser Stellen liefert einen sicheren Beleg für das Vorkommen von pariter in der Bedeutung „paarweise". Wenn es aber auch, in dieser Bedeutung genommen, in unserem Fragment als ein *ἅπαξ λεγόμενον* anzusprechen ist, so kann daraus gegen die Richtigkeit unsrer Auslegung nichts hergeleitet werden, und so hätte denn auch einmal der Jurist dem Lexikographen einen kleinen Dienst erwiesen.

II.

l. 3 D. 41, 7.

Modestinus l. VI differ.

An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto; atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Diese vielbesprochene Stelle hat das Interesse der Zivilisten nach zwei Richtungen hin in Anspruch genommen. Einmal in der Streitfrage betr. die Akkreszenz der ideellen Anteile beim Miteigentum; sodann hinsichtlich der Frage, welches der innere Grund der am Schlusse der Stelle gegebenen Entscheidung sei, daß ein Alleineigentümer eine pars seines Eigentums nicht derelinquieren könne.

Wir werden uns im folgenden hauptsächlich mit der zweiten Frage beschäftigen. Hinsichtlich der ersteren müssen wir durchaus Windscheid beistimmen, wenn er sagt[2]), es könne nicht zugestanden werden, daß in der l. 3

---

[1]) Kann verwendet werden zum Beweis der Richtigkeit der schon von Keller vertretenen Auffassung von tutela in der Verbindung von (lege) agere pro tutela.

[2]) Pandekten I, § 169^{a} Anm. 5 (8. Aufl. S. 774). Zustimmend G. Rümelin, Teilung der Rechte S. 56; neuerlich auch v. Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach röm. Recht (1896) S. 67.

als Folge der Dereliktion des Eigentumsanteils Herrenlosigkeit desselben bezeichnet werde; die Stelle sage einfach, daß der Eigentumsanteil mit rechtlicher Wirkung derelinquiert werden könne; mit welcher rechtlichen Wirkung, darüber sage sie nichts. Es handelt sich hierbei um die Tragweite der Worte ut hoc sit in parte, quod in toto. Wenn durch sie die Dereliktion der ganzen Sache seitens des Alleineigentümers mit der Dereliktion der ihm zustehenden pars seitens des Miteigentümers in jeder Beziehung gleichgestellt werden soll, so haben allerdings die Gegner der Akkreszenz recht: bei der ersterwähnten Dereliktion kann von Akkreszenz keine Rede sein, also findet auch bei der zweiten eine solche nicht statt. Es versteht sich aber doch wohl von selbst, daß die Gleichstellung sich nur auf das bezieht, wovon die Rede ist, und dies ist lediglich die Möglichkeit einer Dereliktion. Wer die Gleichstellung weiter ausdehnen will, muß dafür ausreichende Gründe angeben, und solche finden sich in der Stelle nicht.[1]) Ob sie nicht im Gegenteil etwas für die Akkreszenz ergibt, wird sich später zeigen.

Auf die zweite Frage näher einzugehen, veranlaßt uns die Art und Weise, wie die Entscheidung atquin totius rei dominus usw. neuestens von Sokolowski in dem Buche: Die Philosophie im Privatrecht (Bd. I S. 418ff.) begründet worden ist.[2]) Seine hierauf bezüglichen Aus-

---

[1]) Das Gegenteil sucht darzutun Eck, Die doppelseit. Klagen des röm. Rechts S. 94 N. 329. Er sagt über unsre Stelle: „offenbar will „hier Modestinus die Herrenlosigkeit (pro derelicto haberi) in dem ersten „Fall für möglich, in dem zweiten für unmöglich erklären. Durch Ak„kreszenz aber würde dieselbe in allen Fällen gleichmäßig ausgeschlossen „sein". Hier ist verschiedenes zu beanstanden. Herrenlosigkeit und pro derelicto habere ist doch nicht dasselbe, sondern erstere ist Folge des letzteren (aber nicht immer!); sodann ist mit eius esse desinit nicht gesagt, daß die vom Miteigentümer derelinquierte pars herrenlos wird, sondern nur, daß sie ihm nicht mehr gehört. Was aber den zweiten Fall betrifft: wem soll denn die vom Alleineigentümer derelinquierte pars akkreszieren?

[2]) In der von ihm besorgten 8. Auflage der Dernburgschen Pandekten hat Sokolowski den § 64 (bei Dernburg § 76) auf Grundlage dieses Werkes neu bearbeitet. Dagegen stimmt der § 158, der vom Begriff des Miteigentums handelt, mit dem § 195 der Dernburgschen

führungen können aber nur dann richtig gewürdigt werden, wenn man seine eigentümliche Auffassung des römischen Miteigentums kennt. Wir müssen daher eine Darstellung und, soweit erforderlich, eine Kritik dieser Auffassung vorausschicken.

Anknüpfend an die antike Philosophie sagt Sokolowski (S. 405): „da in jedem Objekte zwei Momente, die Idee und ihre körperliche Erscheinung, unterschieden wurden, so war eine doppelte Art der Teilbarkeit möglich. Es gab eine Teilung der Idee und des Körpers, eine ideelle, intellektuelle, intellegible und eine physische Teilbarkeit". Hier scheinen „Teilung der Idee" und „ideelle Teilbarkeit" als gleichbedeutend angenommen zu sein, was sie doch nicht sind; denn „Teilung der Idee" sagt uns, daß die Idee Objekt der Teilung ist, „ideelle Teilbarkeit" aber sagt etwas darüber, wie die Teilung bewerkstelligt werden kann. Auch von einer körperlichen Sache, die physisch unteilbar ist, kann man aussagen, sie sei in der Idee, aber nicht in der realen Wirklichkeit teilbar; und andrerseits kann man, wenn die Idee Objekt der Teilung ist, sagen, daß die entstehenden Teile ebenso eine wirkliche Teilung darstellen, wie bei einer physischen Teilung, nur daß die Teile das eine Mal ideelle, das andre Mal physisch-reale Teile seien. Das letztere sagt, wenn ich ihn recht verstehe, auch Sokolowski selbst S. 408: „Teilung der Idee ist eine wirkliche Sachteilung; es besteht hier eine Analogie mit der physischen Teilung des Körpers."

Wir wollen uns hierbei nicht länger aufhalten. Entschieden widersprechen müssen wir aber der Behauptung (S. 601 Note 804) zu dem Worte „intellegible Teilbarkeit" auf S. 404: dies ist die Bezeichnung der Quellen, sie muß als „philosophischer terminus technicus verstanden werden". Das Wort intellegibilis kommt in unsern juristischen Quellen überhaupt nicht vor. Im Zu-

---

Pandekten (bis auf eine Kürzung in Z. 5) wörtlich überein. Dies ist insbesondere auch der Fall mit der Note 7, wo Dernburg die Entscheidung der l. 3 pro derel. entsprechend der hier vertretenen Auffassung begründet.

sammenhang mit der Lehre von den partes beim Miteigentum kommt allerdings das Wort intellectus vor, und es scheint fast, als ob Sokolowskis Behauptung betreffend das Wort intellegibilis sich darauf gründe. Er sagt nämlich S. 406, die intelligibeln Teile seien „Begriffsteile" (also doch wohl Teile des Begriffs), „Teile der Sachidee, während die körperliche Gestalt des Dinges unberührt bleibt" und zitiert dazu (Note 806) l. 5 D. 45, 3: servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Indessen dürfte es vollständig klar sein: in dieser Stelle bedeutet intellectus nicht den Begriff oder die Idee als Objekt der Teilung, sondern den denkenden Geist, in dem und durch den die Teilung vollzogen wird[1]); darüber aber, was geteilt sei, sagt das Fragment nichts.

In anderen Äußerungen Sokolowskis tritt nun seine Ansicht über die rechtliche Natur des Miteigentums, namentlich darüber, was beim Miteigentum geteilt ist, klarer hervor. Objekt der Teilung, die beim Miteigentum stattfindet, ist der Begriff oder die Idee — Sokolowski gebraucht bald das eine, bald das andere Wort — der Sache. Diese „Teilung der Idee ist eine wirkliche Sachteilung, nicht Teilung des Rechts, sondern seine Vervielfältigung; es besteht hier eine Analogie mit der physischen Teilung des Körpers" (S. 408).[2]) Ferner: „der ideelle Teil galt den klassischen Juristen als selbstständiger Sachbegriff, genau wie die Einzelsache" (S. 418); „ die ideelle Quote" ist „eine Begriffssache und ein dingliches Rechtsobjekt" (S. 424). Begriffssache soll hier offenbar dasselbe sein, was S. 418 Sachbegriff genannt wird und wird zu denken sein als ein Objekt von Sachenrechten, welches aber nur ein Begriff, und zwar der Begriff einer Sache ist.

---

[1]) Vgl. Sokolowski selbst S. 405: „man braucht nur in der ψυχή die Teilung zu vollziehen . . . ebenso kann dieses Begriffsganze . . . im animus geteilt werden".

[2]) So im Hinblick auf die Äußerung des Q. Mucius, von der Paulus in l. 25 § 1 D. 50, 16 berichtet.

Der Miteigentümer hat aber Eigentum nicht nur am ideellen Teil, sondern auch am ungeteilten Körper der Sache: „in bezug auf ihn“ (den ideellen Teil) „kann man von Eigentum am ungeteilten Körper — totius corporis pro indiviso — und zugleich am Teil — pro parte — reden. Beides unterliegt der Willensherrschaft; in der Welt der Erscheinungen der ganze Körper, in der Welt der Idee nur ein Teil“ (S. 406). Dazu wird Note 808 (S. 597) zitiert l. 5 § 15 D. 13, 6: duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

Wenn nun das Recht des Miteigentümers sowohl die ungeteilte körperliche Sache zum Objekt hat, als den intelligibeln Teil, so erhebt sich die Frage nach dem Wie des Objektseins in dem einen und dem andern Falle. Bezüglich des ideellen Teils haben wir darüber eine Angabe: er ist Eigentumsobjekt wie ein Sachteil (408), wie eine Einzelsache (418) Eigentum des Alleineigentümers ist. Ist nun die ungeteilte körperliche Sache auch in derselben Weise Eigentum des Miteigentümers, wie sie Eigentum des Alleineigentümers ist? Doch wohl nicht, denn sonst käme man zu der Behauptung, daß der Miteigentümer zugleich auch Alleineigentümer sei. Daß der ungeteilte Körper der Sache Eigentumsobjekt sei in der Welt der Erscheinungen, der intelligible Teil dagegen in der Welt der Idee, sagt, soviel ich sehen kann, darüber nichts, in welcher Weise die ungeteilte körperliche Sache Objekt des Miteigentums sei. Wohl ist in der von Ulpian referierten Äußerung des Celsus (l. 5 § 15 D. 13, 6) von einem dominium totius corporis pro parte die Rede; pro parte kann aber schlechterdings nicht, wie es Sokolowski S. 406 tut, übersetzt werden mit „an einem Teil“. Vielmehr wird bei dominium und dominus das Objekt des Eigentums im Genetiv angegeben, wie gerade in der soeben zitierten Stelle: partis corporis dominium, totius corporis dominium; oder es wird mittelst in c. abl. beigefügt, wie z. B. in l. 66 § 2 D. 31: plures in uno fundo dominium obtinent.

In der l. 5 § 15 D. 13, 6 findet sich allerdings eine Bestätigung der Ansicht Sokolowskis, daß Objekt des Miteigentums die ganze ungeteilte körperliche Sache sei. Es wird aber auch darüber, wie diese ungeteilte körperliche Sache Objekt des Miteigentums sei (was wir bei Sokolowski vermißten), etwas ausgesagt, nämlich durch die Worte pro parte; diese Worte hat Sokolowski in ganz unzulässiger Weise, wie bemerkt, durch „an einem Teil“ übersetzt und dadurch für das Miteigentum die pars als Objekt gewonnen. Wie aber pro parte unmöglich bedeuten kann „an einem Teil“, so steht andrerseits in den Quellen nirgendwo geschrieben, daß der Miteigentümer ein dominium partis oder in parte habe. Dagegen kann nicht geltend gemacht werden, daß in den Quellen von partem vendere, pignori dare, vindicare, derelinquere gesprochen wird, denn pars bedeutet in diesen Redewendungen nicht das Objekt des Miteigentums, sondern das Miteigentumsrecht selbst als Objekt des betreffenden Rechtsaktes.

Durch die l. 5 § 15 D. 13, 6 kann also die „selbständige Objektsnatur des ideellen Teils“ (S. 420) nicht bewiesen werden. Sie soll aber noch besonders überzeugend aus unserer Modestin-Stelle sich ergeben (cit. S. 420); wir wollen nun sehen, wie Sokolowski dies begründet.

Sokolowski stellt (S. 419) die Frage so: weshalb kann der Alleineigentümer nicht das gleiche Resultat herbeiführen, welches beim Miteigentümer anstandslos genehmigt wurde? Weshalb kann er nicht von sich aus einen ideellen Teil seiner bisher ungeteilten Sache mit der „mens derelinquendi“ aufgeben und damit herrenlos machen? Bei dieser Fragestellung wird als feststehend angenommen, daß, wenn der Miteigentümer seine pars derelinquiert, diese herrenlos wird. Es wird sich zeigen, daß gerade bei dieser Annahme eine Erklärung der differenten Behandlung der beiden Fälle unmöglich ist. Sokolowski versucht sie in folgender Weise zu geben.

Er sagt: durch Dereliktion einer pars seitens des Alleineigentümers würde ein unlöslicher Widerspruch erzeugt werden. „Denn durch den Besitz der ungeteilten

körperlichen Sache hält der Eigentümer sie als einheitlichen Begriff[1]) nicht nur corpore, sondern auch animo oder mente zusammen; durch seinen Willen zu derelinquieren gibt er mit derselben mens einen Teil preis. Indem der Alleineigentümer fortfährt, die Sache als ungeteiltes Ganzes, als objektiven Einheitsbegriff[2]) zu beherrschen, wird durch jede Besitzhandlung an demjenigen Teil, welchen der dominus zu behalten gedenkt, auch der sogenannte derelinquierte Teil begrifflich beeinflußt und beherrscht."

Lassen wir diejenigen Punkte außer Betracht, welche sich unserer Kritik entziehen, weil eine Feststellung, was eigentlich gemeint sei, uns nicht möglich ist, so bleibt doch immer noch etwas Festes, an das wir uns halten können, nämlich das, was Sokolowski bezüglich des Besitzes sagt. Er unterstellt, daß der Alleineigentümer nach der (wirkungslos) vorgenommenen Dereliktion einer pars fortfahre, die körperliche Sache als ungeteiltes Ganzes zu beherrschen. Aber was nötigt denn zu der Annahme, daß der Derelinquent den Besitz der Sache behalte, daß er nach der Dereliktion noch Besitzhandlungen vornehme?[3]) Man muß annehmen, Sokolowski sei der Ansicht, daß zur Dereliktion des Eigentums ein Willensakt genüge, der Besitz dagegen könne solo animo nicht aufgegeben werden. Gerade das Gegenteil ist aber römisches Recht, wie die bekannte l. 17 § 1 D. 41, 2 (Ulp. l. 76 ad ed.) bezeugt:

---

[1]) Ist damit gemeint die Idee der Sache als eines Ganzen im Gegensatz zum intelligibeln Teil?

[2]) Ist dies dasselbe, was vorher „einheitlicher Begriff" heißt? Ebendasselbe Ding heißt S. 420 (oben) wieder „körperlich ungeteilte Einheitssache", was doch auf die ungeteilte körperliche Sache zu gehen scheint. Was ist nun eigentlich gemeint?

[3]) S. 419/20: „Besitzhandlung an demjenigen Teil, welchen der dominus zu behalten gedenkt." Es wäre interessant, zu erfahren, wie Sokolowski sich Besitzhandlungen an einem ideellen Teil denkt. Wenn er S. 420 sagt: „solange ich ein Grundstück, dessen ideelle Hälfte ich derelinquiere, fortfahre als körperlich ungeteilte Einheitssache zu besitzen, erstreckt sich jede Besitzhandlung begrifflich auf das Ganze und nicht nur auf einen Teil", so sollte man meinen, er halte Besitzhandlungen an einem ideellen Teil für unmöglich.

differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit, nolle possidere.

Diese Stelle beweist, daß die Annahme von Sokolowski, der derelinquierende Eigentümer sei nachher noch Besitzer der ungeteilten körperlichen Sache, nicht nur nicht notwendig, sondern daß sie unmöglich ist, daß also der Widerspruch, durch den Sokolowski die Entscheidung der l. 7 pro derel. erklären will, überhaupt nicht vorkommen kann. Der besitzende Eigentümer verliert den Besitz, sobald er constituit nolle possidere[1]), behält aber das Eigentum; der Wille, das Eigentum aufzugeben, genügt zur Eigentumsdereliktion nicht. Zur Eigentumsdereliktion gehört als Erfordernis Besitzaufgabe, und zwar kann hier Besitzaufgabe durch nolle possidere nicht genügen, denn sonst müßten wir Ulpian vorwerfen, er habe ein Spiel mit Worten getrieben: der Eigentümer brauchte ja dann nur zunächst das nolle possidere zu erklären, um sofort die Erklärung, daß er auch das Eigentum aufgebe, daran anzuschließen.

Der Versuch Sokolowskis, die Schlußentscheidung der l. 7 pro derel. zu erklären, muß als gänzlich mißlungen bezeichnet werden. Insbesondere ist auch nicht erklärt, warum für den Fall, wenn ein Alleineigentümer eine pars derelinquieren will, anders entschieden wird, als in dem Fall, wenn ein Miteigentümer seine pars derelinquiert. In beiden Fällen würde, da nach Sokolowski bei Dereliktion einer pars seitens eines Miteigentümers Akkreszenz nicht eintritt, dieselbe rechtliche Situation das Ergebnis sein, nämlich die, daß eine pars im Eigentum steht, die andere herrenlos ist. Warum dies möglich sein soll, wenn ein Miteigentümer seine pars derelinquiert, unmöglich,

---

[1]) Ob dazu ein rein innerlich bleibender Entschluß genüge, oder immerhin irgendeine Äußerung des Willens, wenn auch nur durch Worte, erforderlich sei, soll hier dahingestellt bleiben. Vgl. über diese Frage jetzt Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften des BGB. über Rechtsgeschäfte S. 99ff.



wenn ein Alleineigentümer eine pars derelinquieren will, ist nicht einzusehen.

Eine solche Erklärung ist auch Cuiacius nicht gelungen. Er bemerkt zu unserem Fragmente folgendes[1]): Addit etiam Modestinus in l. 3 pro derel., totius rei dominum desinere esse dominum nudo animo, nuda voluntate[2]), hoc uno casu, si rem pro derelicto habeat. Et similiter partis rei dominum, qui scilicet rem communem cum alio habet pro indiviso, partis dominum esse desinere, si eam pro derelicto habeat, atque ita prorsus idem esse in parte, quod in toto. Verum statim subiecit in d. l. 3 . . . hoc non esse perpetuum. Nam . . . totius rei dominus . . . non potest partem derelinquere et partem retinere, partem pro indiviso scilicet quae incerta est, et intellectu, non sensibus percipitur. Itaque natura non fert, ut possit derelinqui pars pro indiviso, quae non est, sed intellegitur; partem certam derelinqui posse nemo ambigit, quia pars certa veluti totum quoddam est.[3])

Warum die Natur der Sache es nicht zuläßt, daß der Alleineigentümer eine pars pro indiviso derelinquiert, wird nicht gesagt. Cujaz scheint den Grund gerade darin zu finden, daß es sich um einen „ideellen Teil“ handelt, denn unter pars certa versteht er nicht eine pars certa pro indiviso, die es ja auch gibt[4]), sondern einen realisierten Teil. Daß man sich aber hierbei nicht beruhigen kann, ist klar.

Die zu beantwortende Frage ist: warum kann der Alleineigentümer es nicht zuwege bringen (efficere), daß

---

[1]) Comment. in l. VI differentiarum Her. Modestini, opp. I 1154sq. (Mutin. 1777).

[2]) Das ist in der Stelle nicht zu finden, es wäre denn, daß man folgendermaßen argumentierte: „wenn der Miteigentümer seine pars derelinquiert, so geschieht es nudo animo, nuda voluntate“ — das ist aber doch noch die Frage! — „dasselbe muß daher auch gelten, wenn der Alleineigentümer derelinquiert, denn es heißt ja: ut hoc sit in parte quod in toto“ — damit würde man aber die Gleichsetzung weiter erstrecken, als es nach dem Zusammenhang zulässig ist.

[3]) Pars certa ist hier ein realisierter Teil; Cujaz hat hier die Stelle l. 25 § 1 D. 50, 16 im Sinn.

[4]) Sie ist sogar die Regel; eine in rem actio incertae partis wurde nur in paucissimis causis gegeben, Gai. 4, 54.

er sein Eigentum zu einem Bruchteil behält, zu dem andern aber derelinquiert? Die Antwort ist[1]: weil er etwas anderes nicht zuwege bringen kann, was für jenes unerläßliche Bedingung ist. Durch Dereliktion einer pars kann er nicht bewirken, daß noch ein zweiter Eigentümer der Sache da ist; ein solcher muß aber da sein, wenn der derelinquierende Alleineigentümer Eigentümer zu einer Quote werden soll, denn das römische Recht kennt ein Quoteneigentum (pro partibus indivisis, Eigentum zu Bruchteilen nach dem Ausdruck des BGB.) nur als Miteigentum, d. i. als Eigentum mehrerer an derselben ungeteilten (teilbaren oder unteilbaren) Sache. Dies gilt übrigens von jedem Recht, welches Quoteneigentum statuiert (also auch von dem des BGB.), denn Quoteneigentum ist in andrer Weise gar nicht durchführbar — worüber unten noch einiges gesagt werden soll.

Auch Besitz pro partibus indivisis ist nur möglich als Besitz mehrerer an derselben ungeteilten Sache, und der Alleinbesitzer könnte durch ein auf eine pars gerichtetes nolle possidere ebensowenig bewirken, daß diese pars besitzlos wird und er selbst nur noch Quotenbesitzer wird, wie der Alleineigentümer ein entsprechendes Resultat durch Dereliktion einer pars herbeizuführen imstande ist. Es ist interessant, zu sehen, wie sich dies auch Sokolowski aufdrängt, wenn er (S. 420) sagt, eine wirkliche Ausscheidung des ideellen Teils könne bloß auf dem Wege der Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt erfolgen, denn nur dadurch werde der Alleinbesitz zerstört; das heißt, klar und deutlich ausgedrückt: zur Herabsetzung des Alleineigentums wie des Alleinbesitzes auf Quoteneigentum bzw. Quotenbesitz ist unerläßlich, daß neben den Alleineigentümer, den Alleinbesitzer ein zweiter Eigentümer, ein zweiter Besitzer tritt, und dies geschieht durch Übertragung derjenigen pars, die der Alleineigentümer, Alleinbesitzer nicht behalten will, auf einen andern.

Jetzt erklärt sich auch aufs einfachste, warum in dem einen Falle, wenn von einem Miteigentümer die Rede ist,

[1]) Ähnlich schon Czyhlarz in Glück, Serie der BB. 41 und 42, Tl. I S. 132f. und danach Dernburg a. a. O. (oben S. 8 Note 2).

die Dereliktion einer pars für möglich erklärt wird, in dem andern Falle, wenn ein Alleineigentümer in Frage kommt, dagegen nicht. Im zweiten Falle würde die Dereliktion einer pars ergeben, daß die Sache zu einem Bruchteil im Eigentum steht, zum andern herrenlos ist: also Quoteneigentum, welches nicht Miteigentum ist, eine rechtlich (und wirtschaftlich) unmögliche Situation. Wird nun für den ersten Fall die Dereliktion für möglich und zulässig erklärt, so muß das daher kommen, daß in diesem Falle durch die Dereliktion die erwähnte, als unmöglich bezeichnete Situation nicht entsteht. Sie entsteht aber dann nicht, und zwar nur dann nicht, wenn die derelinquierte pars dem andern Miteigentümer akkresziert.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die l. 3 pro derel. gegen die Akkreszenz einer derelinquierten pars nicht nur nichts beweist, sondern vielmehr ein gewichtiges Argument für die Akkreszenz liefert, insofern nur unter Voraussetzung dieser eine befriedigende Erklärung der am Schlusse des erwähnten Fragments getroffenen Entscheidung sich geben läßt. Dieses „nur" bedarf allerdings noch einer Rechtfertigung gegenüber der Erklärung, die Göppert unter Zustimmung von Eck[1]) von unserer Stelle gegeben hat.[2]) Er sagt: Der socius, der nur pro parte besitzt, könne diese pars derelinquieren, weil er seinen Besitz „äußerlich erkennbar aufgeben kann" (si partem suam reliquerit).[3]) Dagegen der Alleineigentümer, auch wenn er die Absicht hat, einen ideellen Teil aufzugeben, bewirkt doch nicht, daß dieser als herrenlos angesehen werden kann, weil das zur Dereliktion wesentlich erforderliche Moment der Besitzaufgabe nicht äußerlich zur Erscheinung gelangt, solange er die Sache noch in seiner Gewalt hat, mag er auch seinen animus possidendi nur noch auf einen ideellen Teil beziehen."

---

[1]) A. a. O. Note 329.

[2]) Beiträge zur Lehre vom Miteigentum nach dem preuß. allgem. Landrecht (1864) S. 49.

[3]) In dem lateinischen Text, den Göppert, wie oben steht, in Parenthese beifügt, kommt das „äußerlich erkennbar" nicht zum Ausdruck, auch ist nicht von Besitz-, sondern von Eigentumsaufgabe die Rede.

Zunächst konstatieren wir, daß Göppert, obwohl im allgemeinen zur Besitzaufgabe ein nolle possidere genügt, doch bei der Eigentumsdereliktion eine reale Besitzaufgabe verlangt[1]), allerdings ohne dies zu begründen. Dann entsteht aber die Frage: warum kann der Alleineigentümer (der zugleich auch Alleinbesitzer ist) den zur Partialdereliktion erforderlichen Tatbestand nicht herstellen? Warum kann, solange er die Sache überhaupt noch in seiner Gewalt hat, das Moment der Besitzaufgabe pro parte äußerlich nicht zur Erscheinung gelangen? Darauf gibt Göppert keine Antwort; es ist m. E. nur diese Antwort möglich: weil auch zur Besitzaufgabe pro partibus indivisis immer zwei Besitzer gehören. Der Alleineigentümer kann seinen Willen, den Besitz der Sache teilweis aufzugeben, an der Sache selbst, sofern sie teilbar ist, äußerlich zur Erscheinung bringen; dann haben wir aber reale Teile und in weiterer Folge Dereliktion eines realen Teils. Bei ideeller Teilung hat der partielle Herrschaftswille im Objekt keine äußere Verwirklichung; diese kann nur in dem Vorhandensein eines weiteren berechtigten Subjekts liegen; durch sein Vorhandensein partes fiunt.

Zur Befestigung der von uns gegebenen Auslegung wollen wir jetzt noch einiges zu dem Streit über das Akkreszenzrecht beim Miteigentum bemerken.

Für dieses Akkreszenzrecht kann allerdings nicht verwendet werden die Bestimmung Cod. 10, 14, 1[2]) über den socius imperialis liberalitatis, wohl aber das, was im vorjustinianischen Recht für den Fall vorgeschrieben ist, daß ein Miteigentümer eines Sklaven diesen in einer der vom ius civile erforderten Formen freiläßt. In diesem Falle akkresziert die pars des Freilassenden dem andern Miteigentümer.[3]) Daß diese Bestimmung ihren Grund habe

[1]) Dies ist doch wohl gemeint mit den Worten, daß die Besitzaufgabe äußerlich zur Erscheinung kommen müsse.

[2]) Übernommen aus Cod. Theod. 10, 14, 2.

[3]) Fragm. Dosith. 10; Ulp. fr. I, 18, 4; Paul. sent. IV, 12, 1; Inst. II, 7, 4. Über diese Frage handelt ausführlich Steinlechner, Wesen der iuris communio, II S. 59ff.

nicht in der Anwendung eines allgemeinen Prinzips, wonach beim Freiwerden einer ideellen pars des Miteigentums Akkreszenz eintreten müßte, sondern in der Eigentümlichkeit dieses besonderen Falls[1]), hat auf den ersten Anblick viel für sich, kann aber bei genauerem Zusehen nicht aufrechterhalten werden.

Eine unmittelbare Anwendung jenes Prinzips liegt hier allerdings nicht vor. Der manumissor will freilassen, nicht derelinquieren; Eigentumsverlust ist die Folge, wenn er diese seine Absicht erreicht; er selbst aber ist nicht ein beabsichtigter Erfolg. Erreichen kann er aber seine Absicht nicht; denn der Sklave kann unmöglich zu einem Teil Sklave, zum andern Teil Freier sein, und ihm die ganze Freiheit zu gewähren, würde eine Verletzung des Rechts des andern Miteigentümers sein. Hier lagen nun zwei Möglichkeiten vor, zwischen denen man zu wählen hatte. Man konnte sagen: da der beabsichtigte Erfolg nicht erreicht werden kann, hat der Akt keine Wirkung. So wurde es gehalten bei der prätorischen Freilassung inter amicos (Ulp. fr. I, 18, 12). Die alten prudentes aber, offenbar von dem Gedanken geleitet, den in richtiger Form vorgenommenen zivilen Akt wenn immer möglich nicht ohne Erfolg zu lassen[2]), schieden aus der an und für sich einheitlichen Freilassungsabsicht eine in dieser Isoliertheit hier gar nicht vorhandene Absicht, das Eigentum aufzugeben, aus und verliehen ihr Wirkung; sie statuierten, daß der manumissor sein Eigentum am Sklaven verliere. Warum haben sie aber nunmehr überdies noch Akkreszenz festgesetzt? Es gab ja auch servi sine domino, und wenn bei anderen Sachen, wie uns versichert wird, es möglich ist, daß sie zu einem Teil herrenlos sind, zum andern Teil im Eigentum stehen, warum sollte das bei einem Sklaven nicht möglich sein? In der Eigentümlichkeit des Falles kann das seinen Grund nicht haben, denn im vorstehenden ist dargetan, daß mit dem Hinweis

---

[1]) So Göppert S. 48, Eck S. 95, v. Seeler (oben S. 7 Note 2) S. 65.

[2]) Theophilus Inst. II, 7 § 4 legt sich die Sache anders zurecht, m. E. im Sinne Justinians. Ähnlich, wie wir, Steinlechner a. a. O. S. 71f., Czyhlarz a. a. O. S. 144f.

auf „das Unding“[1]) oder „den Übelstand“[2]) einer partiellen Freiheit die Sache nicht erledigt ist; daß der Sklave nicht teilweise frei wird, bedarf keiner weiteren Erklärung, wohl aber, daß er nicht pro parte herrenlos wird, und diese dürfte allerdings in einem entgegenstehenden Prinzip zu finden sein.[3])

Einen direkten Hinweis darauf, daß nach Aufhebung des Akkreszenzrechts bei der Freilassung ein solches Recht überhaupt nicht mehr existierte, folglich dies der einzige Fall von Akkreszenzrecht gewesen sei, findet v. Seeler (S. 65) in folgenden Worten der Institutionen Justinians (II, 7, 4):

> Erat olim et alius modus civilis adquisitionis per ius adcrescendi, quod tale est et rel.

Da im vorhergehenden von anderem Erwerb durch Akkreszenzrecht nicht die Rede ist, so können diese Worte — darin müssen wir v. Seeler beipflichten — kaum anders verstanden werden, als dahin: „es gab ehedem noch eine andere Art des zivilen Erwerbs, nämlich den durch ius accrescendi“. Wäre schon vorher von ius accrescendi die Rede, so würde, was zum Wortlaut besser passen würde, zu übersetzen sein: „es gab ehedem noch eine andere Art des zivilen Erwerbs durch ius accrescendi“.[4])

Unseres Erachtens ist aber mit dieser seltsamen Stelle[5]) ein Beweis gegen das Vorhandensein des Akkreszenzrechts beim Miteigentum nicht zu erbringen. Denn wenn sie wirklich besagen will, daß der Fall der Freilassung der einzige zivile Akkreszenzfall sei, so ist das eben einfach unrichtig; beim Vindikationslegat fand ebenfalls Erwerb

[1]) Göppert S. 50. [2]) Eck S. 95.

[3]) Vgl. Steinlechner a. a. O. S. 62f.

[4]) So muß Steinlechner die Stelle verstanden haben, da er sie S. 73f. für sich anführt.

[5]) Seltsam ist schon die Einsetzung in den Titel de donationibus. In der Paraphrase des Theophilus ist der § 4 durch eine einleitende Bemerkung an den Titel II, 6 angeknüpft: diximus legitimas adquisitiones, et per usucapionem et per longi temporis possessionem (Reitz). Ferner bemerke man die Unstimmigkeit zwischen pr.: est etiam aliud genus adquisitionis und dem § 4: erat olim et alius modus civilis adquisitionis.

im Wege der Akkreszenz statt (Gai. II, 199), auch dann, wenn man annimmt, daß hier die Akkreszenz nur das Recht aus dem Vermächtnis, nicht das vermachte Eigentumsrecht betreffe, worüber weiter unten noch einiges zu bemerken sein wird.

Ferner weist v. Seeler (S. 65f.) auf D. 40, 12, 7 § 3 hin, wo eine Entscheidung getroffen wird für den Fall, daß zwei Personen einen Freien, der sich in betrügerischer Absicht als Sklaven verkaufen läßt, gemeinsam kaufen, von denen der eine den Sachverhalt kennt, der andere nicht. Die Stelle (aus Ulp. l. 54 ad ed.) lautet:

> Si duo simul emerint partes, alter sciens alter ignorans, videndum erit, numquid is qui scit non debeat nocere ignoranti: quod quidem magis est. sed enim illa erit quaestio, partem solam habebit is qui ignoravit, an totum? et quid dicemus de alia parte? an ad eum qui scit pertineat? sed ille indignus est quid habere, quia sciens emerit. rursum qui ignoravit, non potest maiorem partem dominii habere quam emit. evenit igitur, ut ei prosit, qui eum comparavit sciens, quod alius ignoravit.

Wir sind der Ansicht, daß die Erörterung von sed enim an von den Kompilatoren herrührt. Sachlich kommt in Betracht, daß das Resultat, zu dem die sich mühsam hin- und herwendende Erörterung gelangt, von dem, was Ulpian sagt, nicht unerheblich abweicht. Ulpian sagt: is qui scit non debet nocere ignoranti; am Schluß haben wir das Ergebnis: qui ignorat prodest scienti. Ulpians Worte schließen aus, daß der Kauf wegen des sciens im ganzen für ungültig erachtet wird und der ignorans nichts bekommt; sie schließen dagegen nicht aus, daß der Kauf in totum für gültig erachtet wird, und der ignorans den Sklaven ganz bekommt. Durch das am Schluß des Fragments gewonnene Ergebnis wird aber ausgeschlossen, daß der sciens leer ausgeht.

Hierzu kommen dann aber noch recht viele formelle Bedenken. Nach erit quaestio erwartet man eher indirekte Fragestellung, statt pertineat umgekehrt eher pertinebit. Der unmittelbar vorher genannte sciens wird mit ille bezeichnet. Die Wendung indignus quid

habere dürfte ebensowenig von Ulpian sein, als der Konjunktiv emerit nach quia. Bei quam emit fehlt das Objekt (das kann allerdings auch Fehler des Abschreibers sein); echt kompilatorisch endlich ist, daß ei und eum, die so nahe beisammen stehen, auf verschiedene Personen sich beziehen. Auch alius statt alter ist anstößig. Übrigens ist auch im Anfang des Fragments das Wort partes höchstwahrscheinlich Glossem oder Interpolation; es ist völlig überflüssig und allem Anschein nach mit Rücksicht auf die folgenden Erörterungen und die Entscheidung non potest maiorem partem dominii habere, quam emit, eingeschoben.

Nun ist es ja freilich richtig, daß interpolierte Stellen nichtsdestoweniger Bestandteile von Justinians Gesetzbuch und folglich, wenn sie Entscheidungen geben, justinianisches Recht sind. Wenn aber die Entscheidung einen so ganz singulären Fall betrifft, und ihr der Stempel der Verlegenheit so deutlich aufgedrückt ist, dürfte es angebracht sein, die Entscheidung auf ebendiesen Fall zu beschränken. Wir gehen aber noch weiter und fragen: was soll die getroffene Entscheidung für partielle Herrenlosigkeit beweisen? Diese muß doch möglich sein, wenn Akkreszenz ausgeschlossen sein soll. Wenn der Gesetzgeber Herrenlosigkeit pro parte für möglich hielt, warum hat er dann nicht verordnet, daß der als Sklave verkaufte Freie zur Hälfte Eigentum des gutgläubigen Käufers, zur Hälfte aber herrenlos, d. h. servus sine domino werde? Er findet ja doch, der sciens sei indignus quid habere. Da muß doch ein zwingender Grund vorgelegen haben, ihm gleichwohl die andere Hälfte zuzusprechen, und wir können uns keinen andern denken, als daß partielle Herrenlosigkeit neben partiellem Eigentum eine Unmöglichkeit ist. So kehrt sich auch diese Stelle, wie die l. 3 pro derel., gegen diejenigen, welche als Gegner des Akkreszenzrechts sie für ihre Ansicht anführen.

Von Ulpian haben wir nur die Entscheidung: is qui scit non debet nocere ignoranti. Wir haben kein Bedenken, anzunehmen, daß er damit auch entschieden haben wollte, daß der gutgläubige Käufer aus dem Kauf

in totum berechtigt sein solle; vielleicht hat er es auch gesagt. Man kann sogar der Meinung sein, das sei schon in den Worten is qui scit non debet nocere ignoranti implicite enthalten: dann nämlich, wenn Ulpian der Meinung war, der geschlossene Kauf könne nur in totum entweder gültig oder ungültig sein.

Noch einige Worte über das ius accrescendi unter Miterben und Kollegataren.

Was zunächst das von Gaius II, 299 bezeugte Akkreszenzrecht beim Vindikationslegat anbelangt, so ergibt die Ausdrucksweise, deren sich Gaius da bedient (deficientis portionem collegatario adcrescere) allerdings, daß hier von Akkreszenz vor dem Erwerb des Eigentums an der vermachten Sache, also nicht von Akkreszenz unter Miteigentümern die Rede ist. Es kann aber nicht zugegeben werden, daß die Akkreszenz hier in der ganz eigenartigen Natur dieses Falles ihren Grund habe. Das könnte man nur dann sagen, wenn nach Lage des Falls eine andere Behandlungsweise nicht möglich wäre. So liegt die Sache aber keineswegs. Möglich wäre auch, daß das, was der eine der Vermächtnisnehmer nicht erwirbt, beim Erben bliebe.[1]) Daß Akkreszenz statuiert wird, muß daher wohl in einem Prinzip seinen Grund haben: darin, daß hier mehrere zu einem Erwerb an einem ungeteilten Ganzen berufen sind, wobei dann concursu partes entstehen; infolgedessen dann Akkreszenz, wenn einer wegfällt, d. h. genauer gesprochen: keine Teilung, weil keiner mehr da ist, mit dem zu teilen ist bzw. größere Teile, weil deren, mit denen zu teilen ist, weniger geworden sind.

Ganz dasselbe liegt aber vor, wenn die Kollegatare das Eigentum an der vermachten Sache erworben haben[2]);

[1]) Es ist hier ähnlich wie bei der Freilassung eines Sklaven seitens eines Miteigentümers. Bei dieser sagt man: es muß Akkreszenz eintreten, weil man andernfalls teilweise Freiheit, teilweise Sklaverei statuieren müßte, und denkt nicht an die Möglichkeit eines servus sine domino.

[2]) „Dasselbe" natürlich nicht in jeder Beziehung, sondern in der, auf die es hier ankommt.



denn jeder hat Eigentum an der ganzen Sache, da diese ungeteilt und das Eigentum eines jeden nicht ein dominium in parte, die pars nicht Objekt des Eigentums ist.[1])

Bei Miterben scheint die Sache anders zu liegen. Wenn hier von mehreren durch Testament Berufenen einer wegfällt, so ist statt Akkreszenz etwas anderes, nämlich daß die pars deficientis an die Intestaterben fällt, zwar denkbar, aber wegen des Satzes nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest rechtlich unmöglich. Hier also, könnte man sagen wollen, beruht die Akkreszenz nicht auf einem Prinzip, sondern sie hat ihren Grund in einem singulären Rechtssatz, der sie zwar nicht direkt statuiert, wohl aber eine andere Behandlungsweise, als diejenige, welche man als Akkreszenz bezeichnet, unmöglich macht. Das wäre aber durchaus unrichtig.

Der angeführte Satz des ius civile hat zwar zur Folge, daß, wenn von zwei Eingesetzten einer wegfällt, die pars deficientis nicht dem oder den Intestaterben deferiert wird (Exklusivität der testamentarischen Berufung), aber nicht, daß sie dem andern Eingesetzten zufällt. Jener Satz würde offenbar nicht hindern können, daß die pars deficientis vakant bliebe, wenn dies sonst möglich wäre. Diese Möglichkeit können aber diejenigen nicht bestreiten, welche Quoteneigentum neben partieller Herrenlosigkeit als möglich ansehen; partielle Herrenlosigkeit und partielle Erblosigkeit sind (ebenso wie Miteigentum und Miterbenschaft) genaue Parallelen. Daß bei testamentarischer Delation die pars deficientis nicht vakant bleibt, beruht also nicht auf der Exklusivität der testamentarischen Delation, wohl aber auf deren Totalität, die jeder erbrechtlichen Delation zukommt[2]); sie ist es, die eine

---

[1]) Nach Göppert (a. a. O. S. 79) ist die ungeteilte Sache nicht Objekt, sondern Substrat des Rechts der Miteigentümer. Was aber hier Substrat bedeuten soll, wenn es nicht mit Objekt gleichbedeutend ist, kann ich nicht ergründen.

[2]) Ganz richtig gründet Göppert (a. a. O. S. 78f.) die Akkreszenz bei Miterben auf die Totalität der Berufung („Recht jedes einzelnen auf das Ganze“). Die Entgleisung beginnt mit der Auffassung der partes als Objekte des Miteigentums.

partielle Erblosigkeit (für die übrigens meines Wissens noch niemand eingetreten ist) zur Unmöglichkeit macht.

Daß dies sich so verhält, wird evident, wenn wir die Intestaterbfolge heranziehen. Hier kann von dem Satze nemo pro parte usw. keine Rede sein; partielle Erblosigkeit wäre hier ebensogut denkbar, wie bei testamentarischer Delation; sie ist hier wie dort ausgeschlossen durch die Totalität der Berufung.

Zum Schlusse noch Erwägungen in betreff der Praktikabilität der sich gegenüberstehenden Ansichten. v. Seeler (a. a. O. S. 67f.) hat einige Fälle konstruiert, in denen ein annehmbares Resultat nur dann erzielt werden könne, wenn man den Grundsatz annehme, daß eine Sache auch zu einem Teil herrenlos sein könne, m. a. W. daß Teileigentum auch ohne Miteigentum möglich sei. Der eine dieser Fälle ist folgender. A, der römischer Bürger ist, und B, ein Peregrine, den aber A für einen römischen Bürger hält, okkupieren gemeinsam einen herrenlosen fundus Italicus. „Sollen wir nun etwa annehmen, daß A (weil B Eigentum an einem solchen fundus nicht erwerben kann) Alleineigentümer werde?“ fragt v. Seeler. Ich sehe nicht ein, warum man Bedenken tragen sollte, diese Frage zu bejahen; v. Seeler kann dagegen nichts anrufen, als die Analogie des Satzes non potest maiorem partem dominii habere quam emit.

Der andere Fall ist dieser. A und B okkupieren gemeinsam ein herrenloses Grundstück in einem Land, wo Eigentum an Immobilien nur durch gerichtliche Eintragung erworben wird. Sie kommen überein, sich als Eigentümer je zur Hälfte eintragen zu lassen. A erscheint nun mit dem entsprechenden Antrag vor Gericht, während B verhindert ist. „Nach der gegnerischen Theorie müßte das Gericht den A mit dieser Bitte abweisen, denn wenn es ihm das Eigentumsrecht zur Hälfte zuspräche, so machte es ihn wider Willen zum Alleineigentümer.“ Meines Erachtens dürfte damit, daß ein zweiter Okkupant da ist, der von dem andern anerkannt wird, ein Tatbestand ge-

geben sein, der genügend ist, die Eintragung des A zu ½ zu ermöglichen, ohne daß A dadurch zum Alleineigentümer wird; derjenige, mit dem A zu teilen haben wird, ist schon in Sicht. Wem das Bedenken erregt, der mag den A mit seinem Gesuch um Eintragung nach Hause schicken mit dem Bedeuten, mit dem B wieder zu erscheinen oder eine Vollmacht desselben beizubringen. Das ist ein Übelstand, der wirklich nicht der Rede wert ist.

Wir wollen davon absehen, daß derart herausgeklügelte Fälle, wie die besprochenen, kaum jemals vorgekommen sein bzw. vorkommen werden. Dagegen möchten wir folgendes geltend machen. Bei Betrachtung dieser Fälle handelte es sich darum, ob aus den angegebenen Tatbeständen unter Anwendung des Akkreszenzprinzips sich nicht unannehmbare Rechtsfolgen ergeben. Wir sind der Ansicht, daß dies zu verneinen sei. Jedenfalls aber hat man, wenn diese Rechtsfolgen angenommen werden, z. B. also dem okkupierenden Civis Alleineigentum an dem okkupierten fundus Italicus zugesprochen wird, dann weiter keine praktischen Schwierigkeiten mehr. Ergibt sich aber als Rechtserfolg partielle Herrenlosigkeit, so kommt man aus den Schwierigkeiten, solange dieser Zustand dauert, gar nicht heraus, und zwar ergeben sich solche Schwierigkeiten nicht bloß in besonders konstruierten Fällen, wie bei v. Seeler, sondern überall und mit Notwendigkeit. Geht man ihnen nach, so begreift man schwer, wie die Möglichkeit von Teileigentum neben partieller Herrenlosigkeit behauptet werden konnte.

Oft genug wird allerdings, ehe die praktische Undurchführbarkeit dieses Zustandes sich geltend machen konnte, Alleineigentum an seine Stelle treten. Man erwäge z. B. folgendes. Ein Miteigentümer derelinquiert seine pars. Das kann er. Wenn nun diese pars, wie die Gegner annehmen, herrenlos wird, so kann sie okkupiert werden. Der nächste dazu ist aber doch offenbar der andere Miteigentümer, und er müßte doch von allen guten Geistern verlassen sein, wenn er sich diese Gelegenheit, sein Quoteneigentum in Alleineigentum zu verwandeln, entgehen ließe. Dazu kommt, daß er kraft seines Quoteneigentums,

welches ja die ganze ungeteilte Sache zum Objekt hat, dem okkupationslustigen Nichteigentümer jede Betätigung seines Okkupationswillens an der Sache untersagen kann.

Auch in dem Falle, wo ein römischer Bürger und ein Peregrine zusammen einen herrenlosen fundus Italicus okkupieren, würde der weitere Verlauf, sobald dem Bürger der Sachverhalt bekannt wird, ein gleicher sein, und der Peregrine würde keinen Grund haben, sich über den andern zu beklagen, da dieser nicht etwas nimmt, was der Peregrine hat, sondern etwas, was der Peregrine nicht haben kann.

Sehen wir nun aber zu, wie die Lage ist, wenn wir einmal annehmen, daß der Zustand: Quoteneigentum neben partieller Herrenlosigkeit, andauert. Stellen wir uns vor, ein Ackergrundstück sei zur Hälfte herrenlos. Wie soll der, welcher Eigentümer zur andern Hälfte ist, es anstellen, den Acker „zur ideellen Hälfte“ zu düngen, zu pflügen, zu bestellen und abzuernten? Das ist natürlich unmöglich, und zwar ebensolange unmöglich, als der erwähnte Rechtszustand andauert. Er muß, wenn der Teileigentümer von seinem Eigentum etwas haben will, auf die eine oder andere Weise beseitigt werden.

Nimmt er die angegebenen Handlungen vor, wie es ein Alleineigentümer tut, d. h. am ganzen Grundstück, so ist zweierlei möglich. Entweder tut er es für eigne Rechnung: das ist dann Okkupation der herrenlosen pars, er ist Alleineigentümer geworden. Oder er nimmt diese Handlungen vor zum Teil für eigne Rechnung, zum Teil — nun ja, für wessen Rechnung? Von wem kann und wird er Ersatz verlangen? Doch nur von dem, der künftig einmal die herrenlose pars durch Okkupation erwerben wird. So tritt der Miteigentümer gerade da auf den Plan, wo eine Regelung versucht wird, die das Teileigentum nicht in Alleineigentum verwandeln, sondern es konservieren möchte.

Wie aber, wenn der Eigentümer, der eine pars derelinquieren will, dies so ins Werk setzen würde, daß er die Handlungen eines Eigentümers nur an einem bestimmten, lokal begrenzten Teil des Grundstücks vornähme? Dann hätten wir entweder reale Teilung und Dereliktion des

einen realen Teils, oder überhaupt keine Teilung (auch keine ideelle), sondern nur Ausscheidung eines locus certus aus der faktischen Benützung.[1])

Erwägen wir nun noch, daß das, was dem Miteigentum normalerweise ein Ende bereitet, die Auseinandersetzung, im Falle von Quoteneigentum neben partieller Herrenlosigkeit nicht möglich ist, weil ein Mitberechtigter nicht vorhanden ist, so könnte man von diesem Zustande sagen, er könne nicht leben und nicht sterben; der Teileigentümer wäre in recht übler Lage, wenn er es nicht in der Hand hätte, durch Okkupation der herrenlosen pars wieder aus diesem Zustand herauszukommen.

Es legt sich der Gedanke nahe, daß das römische Recht, welches auf Praktikabilität etwas hält, dem zuvorgekommen sei, indem es das Eintreten jenes Zustandes dadurch verhindert habe, daß es Akkreszenz einer freiwerdenden Eigentumsquote festsetzte. Die Akkreszenz würde dann als positive Satzung, hervorgegangen aus Zweckmäßigkeitsgründen, anzusehen sein. Aus solchen Gründen habe ich früher[2]) die Schlußentscheidung der l. 3 pro derel. zu erklären versucht. Die Redewendung efficere non potest weist aber entschieden darauf hin, daß Modestin nicht an praktische Unzuträglichkeiten, sondern an rechtliche Unmöglichkeit gedacht hat. Diese aber ergibt sich mit Notwendigkeit, sobald man erkennt, daß Eigentum pro parte Eigentum an der ganzen, weil ungeteilten Sache ist: dann ist nicht nur Miteigentum stets Teileigentum, sondern Teileigentum auch stets Miteigentum. Teileigentum (Quoteneigentum) neben partieller Herrenlosigkeit hat es aber im wirklichen Leben niemals gegeben.

---

[1]) Wenn zur Dereliktion von Grundstücken eine Behörde (z. B. das Grundbuchamt, BGB. § 928) mitwirken muß, kann die private Abgrenzung eines Teilstücks nur diesen Sinn haben.

[2]) Archiv f. d. ziv. Pr. Bd. 63 S. 43.

III.

l. 23 D. 4, 3.

Gai. l. 4 ad ed. prov.

Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando vel quadem alia fallacia persuaserit, tanquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus: datur de dolo actio.

Bei dieser Stelle liegt dem Exegeten ob, im Hinblick auf die Ediktsbestimmung „si de his rebus alia actio non erit" (l. 1 § 1 ht.) zu erklären, warum in dem vorgetragenen Fall actio de dolo gegeben wird. Cuiacius bemerkt dazu folgendes[1]: Videtur in hac specie competere condictio indebiti l. 2 § 1 inf. de cond. ind. quae actionem de dolo excludit .... At datur de dolo in hac lege; quid dicemus? Heres aut suo errore ductus solvit, aut persuasione legatarii. Si suo errore, hic error condictionem parit. Si dolo et persuasione legatarii, de dolo actio competit, non condictio: nam condictio ex proprio errore nascitur.

Diese Erklärung wird schwerlich befriedigen. Daß, wenn der Zahlungsempfänger in dem Zahlenden den Irrtum über das Bestehen der Schuld arglistigerweise erregt hat, dies Verhalten Einfluß habe auf die Anforderungen, die man hinsichtlich des Irrtums des Zahlenden stellt — man wird in diesem Falle von dem Erfordernis der Entschuldbarkeit absehen — ist zu verstehen; daß dagegen in bezug auf die Frage, ob überhaupt condictio zustehe, es einen Unterschied machen soll, ob der Irrtum in der Seele des Zahlenden ohne Einwirkung von außen entstanden ist, oder durch Täuschung seitens des Zahlungsempfängers (oder eines Dritten) hervorgerufen wurde: das ist schlechterdings nicht einzusehen, und ist in den Quellen auch nirgend, soviel wir sehen können, ausgesprochen.

Der Umstand, daß der Zahlungsempfänger in dem Falle unserer l. 23 den Zahlenden getäuscht hat, hat aller-

[1]) Ad tit. de dolo malo l. 23 (si legatarius) opp. I p. 856 A. (Venet. 1758).



dings rechtliche Bedeutung, aber in einer Richtung, die Cuiacius, insofern er lediglich von condictio indebiti als dem Gegenstück zu der actio de dolo spricht, übersehen zu haben scheint. Der Täuschende wußte, daß der Zahlende zum Teil nicht schuldete, und machte sich, indem er Zahlung dieses indebitum annahm, eines furtum schuldig, begründete mithin gegen sich die condictio furtiva.[1]) Dabei ist es gleichgültig, ob er den Zahlenden auch getäuscht hat, gleichgültig auch, ob der Zahlende von sich aus geirrt hat, oder von einem Dritten in den Irrtum versetzt wurde; auch in diesen Fällen ist gegen den Zahlungsempfänger condictio furtiva begründet, wenn er gewußt hat, daß eine Nichtschuld vorliege.

Wenn wir übrigens im Falle der l. 23 die condictio furtiva als die an und für sich zuständige Klage bezeichnen, so wollen wir damit nicht gesagt haben, daß condictio indebiti in diesem Fall ausgeschlossen gewesen sei. Sie ist es nur in dem Sinne, daß die konkurrierende condictio furtiva stets vorgezogen werden wird, weil sie für den Kläger in mehrfacher Beziehung vorteilhafter ist, was hier nicht weiter ausgeführt werden soll.

In anderer Weise findet sich mit unserem Fragment Donellus ab. Er sagt (comm. iur. civ. 15, 41 § 26):

> „Datur de dolo actio.“ Non exprimit, qua de re . . . Hoc sic accipimus, ut detur interdum in proposito, non semper; datur autem ex sententia edicti, cum de ea re, de qua agitur, alio actio heredi non erit . . . . Ut autem in proposito non sit heredi alia actio, sic contingere potest, si heres ista fallacia persuasus eodem errore et aliis quibusdam legata solida solverit, hi autem solvendo non sint. Hic enim quod amplius est, quam per legem heres debuit, neque a fraudatore repetere potest, cui hoc solutum non est, neque ab iis quibus solvit, quia non sunt solvendo . . . .[2]); ita restat sola actio de dolo, qua repetat a fraudatore, quod deceptus amisit . . . .

[1]) D. 13, 1 l. 18: Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit usw. Das gleiche Übersehen ist auch dem Donellus passiert.

[2]) Folgt Bezugnahme auf l. 6 h. t.

Ceterum neque de iis, quae fraudatori indebita soluta sunt, unquam erit adversus eum de dolo actio, cum sufficiat condictio indebiti, neque de iis, quae soluta sunt aliis, quamdiu solvendo erunt.

Hiernach würde das, was die l. 23 bestimmt, nur in ganz besonders gearteten Fällen gelten — Donellus scheint sogar nur den einen von ihm angeführten Fall anzunehmen.

Es ist aber Ausschluß der condictio indebiti bei einer ganzen Klasse von Vermächtnissen, nämlich bei legata certa per damnationem, für das klassische Recht bezeugt in § 7 Inst. III, 27. Dort berichtet uns Justinian[1]):

Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. sic namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata . . . .

Man braucht auf diesen alten Rechtssatz bloß hinzuweisen, und die Frage, warum in dem Falle unserer l. 23 alia actio nicht zuständig sei, ist für das klassische Recht beantwortet. Dieses Fragment von Damnationslegat zu verstehen, kann nicht als eine willkürliche Einschränkung angesehen werden; der Wortlaut (ad legata solvenda) weist auf obligationsbegründende Vermächtnisse[2]), und legata dieser Art waren doch in der überwiegen-

---

[1]) Vgl. Cod. 5, 4, 4 (293): Ea quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est in Verbindung mit Gai. IV, 9: . . . . velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.

[2]) Man kann den Ausdruck legatum solvere, wenn man es nicht genau nimmt, allerdings auch gebrauchen, wenn bei einem legatum per vindicationem der Erbe die vermachte Sache dem Legatar übergibt. Wenn aber hier die lex Falcidia Platz greift, so geht insoweit Eigentum auf den Legatar nicht über, der Erbe hat also allemal alia actio, wenn er eine braucht.

den Mehrzahl der Fälle solche Damnationslegate, auf welche die definitio der veteres Anwendung zu finden hatte.[1]) Außerdem darf man aber nicht vergessen, daß Justinian das alte Recht bezüglich der Damnationslegate, wie er selbst in der oben zitierten Institutionenstelle berichtet, in der l. 45 § 7 C. I, 3 geändert hat, sonach mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß die Kompilatoren manches Hierhergehörende gestrichen haben, z. B. in unserer l. 23 etwas, was die gezahlten Legate deutlicher als legata per damnationem erkennen ließ.[2])

Die Entscheidung in l. 23, daß actio de dolo stattfinde, dürfte im vorstehenden aus dem Rechte, wie es zur Zeit des Gaius und noch viel später gegolten hat, vollständig begründet sein. Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß auch die definitio der veteres als Tatbestand einfach aufstellt quod per errorem non debitum solutum sit (Inst. cit., vgl. auch 4 C. 4, 5) und daß darunter subsumiert werden kann ebensowohl der Fall, wo nur die Bedingungen der condictio indebiti vorliegen, als der Fall, wo gegen den Zahlungsempfänger condictio furtiva begründet ist. Die fallacia des Empfängers ist in unserem Fragment allerdings wesentliches Tatbestandsmoment, aber nicht, wie Cuiacius meint, um die condictio indebiti auszuschließen, sondern um dem Zahlenden, dem die condictio indebiti und furtiva durch die definitio der veteres entzogen wird, die actio de dolo geben zu können; denn der Umstand, daß alia actio non est, kann für sich allein natürlich a° de dolo nicht begründen.

---

[1]) Es scheiden aus einmal das legatum sinendi modo, welches ja auch per damnationem hinterlassen wird, und diejenigen Damnationslegate, welche incerta sind. Daß diese Fälle eine verschwindende Minderzahl bilden, wird man getrost annehmen dürfen.

[2]) Wir werden weiter unten einige dieser Interpolationen sicher nachweisen können. In der l. 23 sind wohl, was übrigens indifferent ist, die Worte vel quadam alia fallacia interpoliert. Dergleichen gewöhnlich mit dem beliebten vel angeschlossenen Verallgemeinerungen oder Vervollständigungen des Tatbestandes durch die Kompilatoren sind in den Digesten sehr häufig; manchmal sind sie falsch, z. B. in 16,1, 13 § 2 (vel diem) und 22 (vel expromittat), vgl. diese Zeitschr. 30 S. 118 und 119.

Ist übrigens wissentliche Annahme eines indebitum ein furtum, dann ist in dem Falle unseres Fragmentes gegen den Zahlungsempfänger auch actio furti begründet. Das schließt aber die actio de dolo gegen ihn natürlich nicht aus, denn die alia actio, bei deren Vorhandensein das Edikt die actio de dolo versagt, ist eine solche quae rem servat (l. 2 l. 4 h. t.), während die actio furti pönal ist.

Die Glosse hat nicht verkannt, daß (wenigstens möglicherweise) die Entscheidung „datur de dolo actio" zusammenhängt mit der Bestimmung, daß bei den Fällen der Litiskreszenz die condictio indebiti ausgeschlossen ist, nur hat sie dabei die durch Justinian in l. 45 § 7 C. I, 3 vorgenommene Rechtsänderung berücksichtigt.[1]) Um so merkwürdiger muß es erscheinen, daß Männer wie Cuiacius und Donellus an diese Lösung nicht gedacht zu haben scheinen. Auch wenn sie sich auf den Standpunkt der justinianeischen Gesetzgebung stellten, ist es doch, besonders bei Cuiacius, auffallend, daß des Rechtes der klassischen Zeit, von dem aus doch unser Gaius-Fragment zunächst erklärt werden müßte, auch nicht mit einem Worte gedacht wird.

Für die Zuständigkeit der condictio indebiti als allgemeine Regel beruft sich Cuiacius in der oben angeführten Stelle auf l. 2 § 1 D. 12, 6 (Ulp. lib. 16 ad Sab.). Wir müssen uns diese Stelle näher ansehen. Schon das principium dieses Fragments zeigt uns, daß wir auf der Hut sein müssen. Es lautet:

> Si quis sic solverit, ut si apparuisset indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos.

Sobald man durch das verdächtige emerserit scheu geworden ist (wenn ich so sagen darf), bemerkt man auch

[1]) Glossa ad v. de dolo actio: immo et cond. indebiti et sic cessare debet de dolo actio . . . . Sol. haec cum illa datur (dazu gehört im folgenden die Lösung: vel tertio dic agi condict. indeb. ad rem ipsam, sed actione de dolo ad cetera damna). — Vel dic quod hic cessat condictio indebiti, quia fuit legatum venerabili loco (folgt Zitat von Inst. III, 27 § 7). Vel ideo, quia iam lata erat sententia et ex ea solutum (Zit. von 17, 1, l. 29 § 5).

sogleich, daß die Anreihung der Falcidia mittelst vel ganz unlogisch ist: das Platzgreifen der Falcidia ist ja nicht ein von dem vorher angegebenen Tatbestand verschiedener Fall, sondern es fällt als spezieller Tatbestand unter den allgemeineren „si apparuisset indebitum". Störend ist auch der Tempuswechsel apparuisset und emerserit. Die Worte vel Falcidia emerserit sind daher wohl interpoliert.[1])

Von Vermächtnissen ist aber gleichwohl die Rede; die Basiliken[2]) haben gelesen si quis legatum sic solvit, und die italienischen Herausgeber der Digesten[3]) schlagen daher vor, hinter si quis einzuschalten: legatum.

Es wird aber ein Rückforderungsrecht gegeben dann, wenn für den Fall, daß das Legat sich als ungültig herausstellen sollte, Rückzahlung vereinbart worden war. Das hat keinen Sinn, wenn auch ohne solche Vereinbarung ein Rückforderungsrecht besteht.[4]) Es muß also im Tatbestand etwas enthalten gewesen sein, was, ohne entgegenstehende Vereinbarung, Rückforderung des indebite Gezahlten ausgeschlossen haben würde. Das trifft zu, wenn ein legatum certum per damnationem relictum so gezahlt worden ist. Ulpian könnte geschrieben haben: si quis legatum per damnationem certum relictum sic solverit et rel.; die Kompilatoren mußten die gesperrt gedruckten Worte streichen.

Wir können nun als Ergebnis unsrer Untersuchung der l. 2 pr. cond. ind. feststellen, daß die definitio der veteres noch zu Ulpians Zeit in Kraft war, daß ihre Geltung aber durch eine die eventuelle Rückforderung ausbedingende Verabredung in bezug auf Damnationslegate beseitigt werden konnte. Aus dieser Möglichkeit läßt

---

[1]) So auch Lenel, Paling. II p. 1056 und Seckel-Heumann s. v. emergere.

[2]) 24, 6, 2 (Heimb. III p. 29): ὁ καταβαλὼν ληγάτον . . . . Wahrscheinlich auch der Interpolator; warum sollte ihm sonst gerade die lex Falcidia in den Sinn gekommen sein?

[3]) Digesta Iustiniani etc. l. I—XXVIII. Mediolani 1908.

[4]) Das zweite Scholion zu Bas. 24, 6, 2 (Heimb. cit. p. 30) sagt allerdings: hoc accipe, quamvis speciale pactum interpositum non sit; es sagt dies vom Standpunkt des justinianischen Rechts.

sich darauf schließen, daß jene Regel wenigstens bei legata mit der Zeit als unbillig und lästig empfunden und, wo sich eine Handhabe dazu darbot, bei Seite geschoben wurde. Der von Cujaz zitierte § 1, zu dem wir uns nunmehr wenden, wird uns einen weiteren Beleg für diese Entwicklung liefern.

Dieser Paragraph lautet:

> Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emerserit aes alienum vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

Hier ist der Passus vel si post bis relicta sunt interpoliert.[1]) Für diese Annahme spricht zunächst ein innerer Grund. Die Tatbestände vor diesem Emblem kommen darin überein, daß der im Testament Eingesetzte Legate bezahlt hat, und dann, weil das Testament ungültig war, den Nachlaß herausgeben muß. Von denselben Tatbeständen geht das Reskript aus, auf das sich Ulpian bezieht. Diese Tatbestände haben das Besondere, daß für die Frage, wem die Rückforderungsklage zu geben sei (wenn sie überhaupt stattfindet), zwei Personen in Betracht kommen können: der zahlende Putativerbe und der obsiegende wirkliche Erbe. Dagegen die Tatbestände des Emblems geben zu einer solchen Frage gar keinen Anlaß; wenn hier überhaupt Rückforderung stattfindet, kann sie nur dem Zahlenden zustehen. Das Emblem ist also ein den Zusammenhang unterbrechender Fremdkörper, und es ist wohl möglich, daß die Worte circa inofficiosum et falsum testamentum von den Kompilatoren wegen dieser

[1]) Angezweifelt auch von Lenel, Paling. II p. 1056. Möglich, daß auch schon die Worte vel irritum vel ruptum interpoliert sind, nach der bekannten Manier der Kompilatoren, ähnliche Tatbestände zu häufen.

Unterbrechung des Zusammenhangs hinzugefügt worden sind; circa ist nicht unverdächtig.

Weitere Interpolationsmerkmale sind:

1. die Häufung von vel;
2. das immer verdächtige emerserit;
3. diu celati und post multum temporis sind ganz unerhebliche Tatsachen. Wollte man ihnen überhaupt Bedeutung beilegen, so könnte dies doch wohl nur in der Richtung geschehen, die Rückforderung nach so langer Zeit nicht mehr zuzulassen. Die Basiliken, die den interpolierten Passus ebenfalls haben, lassen diese Tatsachen weg.

Zum Inhalt des Fragments bemerken wir folgendes. Obwohl es ganz allgemein lautet: si quid ex testamento solutum sit, ist doch mit Sicherheit anzunehmen, daß es nur von Legaten handelt. Die Fragmente 3 und 5 des Titels, die in bezug auf ähnliche Tatbestände dieselbe Frage: wem von beiden Kompetenten die Rückforderungsklage zu geben sei, sprechen nur von legata; die Basiliken haben statt quid das Wort ληγάτον[1]), und der Interpolator hat, wie die von ihm hinzugefügten Tatbestände beweisen, auch nur an Legate gedacht. Die Stelle redet aber ganz allgemein, ohne irgendeine Art von Legaten auszunehmen, und doch waren zur Zeit Hadrians Damnationslegate von der Rückforderung ausgeschlossen; da fragt es sich, was die Kompilatoren etwa sonst noch geändert haben mögen.

Sehen wir uns die von Ulpian angegebenen und die damit übereinstimmenden Tatbestände des Reskripts näher an, so finden wir darin ein Moment, welches gestattet, die Regel der veteres betreffend die legata per damnationem certa relicta beiseitezuschieben. Wenn der Testamentserbe, der ein solches Legat entrichtet hat, das sich später als ungültig herausstellt, mit condictio indebiti vorgehen

[1]) A. a. O.: *ἐὰν ἐκ διαθήκης καταβάλλω ληγάτον.* Es geht nicht an, das quid des Textes der Digestenhandschriften auf Grund der Basiliken durch legatum zu ersetzen. Aber auch daran ist nicht zu denken, daß das Werk, aus dem das Basilikenfragment genommen ist, eine vorjustinianeische Vorlage benutzt habe, da ja die Basiliken den interpolierten Passus auch haben.

will, so wird ihm entgegengehalten: du kannst nicht zurückfordern, denn du hast gezahlt, um nicht Gefahr zu laufen, das Doppelte zahlen zu müssen. Ist aber der Zahlende nur vermeintlicher Erbe gewesen und wird die Rückforderungsklage dem wirklichen Erben gegeben, so kann diesem jener Vorhalt nicht gemacht werden, denn er hat ja nicht gezahlt. Hadrian könnte gerade für diesen Fall eine Rückforderung eines indebite gezahlten Damnationslegats gegeben haben; indem er sie dem Dritten (dem Intestaterben oder in einem späteren Testament eingesetzten Erben) gab, verstieß er formell nicht gegen die Regel der veteres und erzielte zugleich eine gerechtere Regelung. Als solche mußte es doch angesehen werden, wenn dem vermeintlichen Legatar das Gezahlte nicht blieb.[1]) Das Reskript Hadrians würde danach dieselbe Tendenz haben, wie der im pr. des Fragments angeführte Rechtssatz.

Die Kompilatoren haben nun durch die Hinzufügung von Tatbeständen, denen das erwähnte spezielle Moment fremd ist, den Zusammenhang des Reskripts mit dem Recht des Damnationslegats verwischt; sicherlich haben sie noch anderes gestrichen oder geändert, was eine direkte oder indirekte Bezugnahme auf das Damnationslegat enthielt. So muß nach dem Worte repetetur etwas gestrichen sein. Da nicht gesagt ist, wem das Rückforderungsrecht zustehen solle, kann nur an den Zahlenden gedacht werden; dazu will es aber nicht passen, daß als Grund (nam) Hadrians Reskript angeführt wird, denn in diesem liegt der Nachdruck gerade darauf, daß die Rückforderungsklage einem Dritten gegeben wird.

Die Tendenz, der Regel der veteres bezüglich der Damnationslegate Abbruch zu tun, hat ein Seitenstück in Folgendem. Während zu Gaius' Zeiten schon recht viele die legata betreffenden Rechtssätze auf fideicommissa aus-

---

[1]) Wenn, was wohl das regelmäßige ist, Legate aus Nachlaßmitteln bestritten werden, geschieht dem zahlenden Putativerben kein Unrecht, wenn ihm cond. indeb. nicht gegeben wird, er müßte ja sonst das Zurückgezahlte als Nachlaßgeld wieder herausgeben. Hat er aber die Legate ex propriis bestritten, so kann er, wenn er in bona fide war, das Gezahlte bei Restitution des Nachlasses abziehen.



gedehnt worden sind (Gai. II, 284ff.), ist dies hinsichtlich der Litiskreszenz und des Ausschlusses der condictio indebiti bei Damnationslegaten nicht geschehen. Dies entnehme ich einer Konstitution, aus der, wie sie in Justinians Kodex lautet, allerdings eine Gleichstellung sich ergibt, aber in entgegengesetzter Richtung. Es ist dies die l. 7 C. 4, 5 der Kaiser Diokletian und Maximian (293, V. id. Sept.):

> fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse, explorati iuris est.

Hier sind die Worte vel legatum interpoliert. Fünf Monate vorher (V. id. Apr.) hatten dieselben Kaiser reskribiert (l. 4 C. eod.):

> ea quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam[1]) indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est.

Wenn, woran nicht zu zweifeln ist, das legatum certum per damnationem relictum damals immer noch ein Litiskreszenzfall war, so ist es ausgeschlossen, daß die Kaiser so allgemein hätten sagen können: legatum repeti posse. War dagegen nur von fideicommissum die Rede, so mußten die Kompilatoren eingreifen. Sie waren dabei auch noch ein wenig ungeschickt, sonst hätten sie, in richtiger Reihenfolge, geschrieben: legatum vel fideicommissum.

---

[1]) Dieses etiam hat, soviel ich sehe, keinen Sinn und dürfte zu streichen sein.

II.

Zur Lehre vom Tutor suspectus.[1])

Von

Herrn Dr. **Adolf Berger.**

I. Die Lehre vom Tutor suspectus ist in neuester Zeit Gegenstand zweier Untersuchungen geworden, die ganz unabhängig voneinander geführt wurden u. z. von Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien 1913, S. 27 bis 46 und von Solazzi, einem auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts sehr verdienstlichen Forscher[2]) in dem schönen Buche La minore età nel diritto romano

[1]) Das Manuskript nachstehender Abhandlung ist der Redaktion bereits im Herbst des vorigen Jahres eingeliefert worden.

Anm. d. Red.

[2]) Vgl. dessen neuestes Werk: Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore. Sep.-Abdr. aus den Bänden XXII bis XXV des Bull. dell'ist., Roma 1913.

1912[1]), S. 259–272. Die Ergebnisse der beiden Darstellungen stimmen nur in einem ganz kleinen Teile überein, gehen aber sonst sowohl in Grundfragen wie auch in Einzelheiten und besonders in der Beurteilung der Echtheit einzelner wichtigen Stellen weit auseinander. Schon dies allein gibt genügenden Anlaß das Material und seine Verwertung durch die beiden Gelehrten zu überprüfen und zu den Ergebnissen Stellung zu nehmen. Ich tue dies um so mehr, als ich oft auch dort, wo beide eines Sinnes sind, ihnen nicht immer zu folgen vermag.

Sowohl Taubenschlag als auch Solazzi arbeiten mit der modernen Forschungsmethode des Romanisten; sie fühlen sich heimisch in dem Nachspüren nach Interpolationen und legen auch reichliche Beute, die in Solazzis Buch nach Hunderten zählt, von der Jagd vor. Auf dem Gebiet der accusatio suspecti tutoris können wir aber die nicht uninteressante Feststellung machen, daß beide Gelehrten, die durchaus nicht zurückhaltend in Interpolationsannahmen sind, oft ganz Verschiedenes sehen und nur selten ihre Annahmen zusammenfallen. Solazzi geht in seinen Annahmen bedeutend weiter als Taubenschlag, schießt aber dabei oft weit übers Ziel hinaus, wo sich Taubenschlags vorsichtige Enthaltsamkeit gut bewährt, andererseits hat aber der polnische Romanist oft zu wenig gesehen, wo der Scharfblick des italienischen tiefer und ergebnisreicher eindrang.

Die genannten Untersuchungen stimmen nur in der sorgfältigen Scheidung der remotio eines tutor suspectus von der postulatio (accusatio) suspecti tutoris und sind auch einig darin, daß Tribonian und Genossen in dieser Lehre Verschmelzungen und Verwischungen durchgeführt haben. Aber wesentliche Unterschiede ergeben sich sowohl in der Durchführung und Bewertung jener Unterscheidung, als auch in der Schilderung des klassischen Kerns in der justinianischen Gesetzsammlung.

---

[1]) Solazzis Buch ist später erschienen als jenes von Taubenschlag, obwohl es ein früheres Datum trägt; der Umschlag trägt bereits die Jahreszahl 1913! Taubenschlags Ausführungen werden auch schon von Solazzi in den Nachträgen S. 297 ff. berücksichtigt.



Taubenschlag faßt die Ergebnisse seiner Untersuchung folgendermaßen zusammen — ich zitiere wörtlich, füge nur die Nummerierung der einzelnen Stadien ein — (S. 41): ‚Die Entwicklung der Absetzung liegt somit im klaren. Ursprünglich (1) konnte, wie es scheint, nur der wegen seiner dolosa gestio im Akkusationsverfahren für suspekt erklärte Vormund removiert werden; später (2) ließ man Absetzung auch ohne accusatio, wegen nicht doloser Vormundschaftsführung zu; im weiteren Verlaufe (3) wurde die Absetzung sogar vor Übernahme des Amtes durch den Vormund in einer Reihe von Fällen für zulässig erklärt, bis man endlich (4) dahin kam, sie in gewissen Fällen wegen doloser gestio auch ohne accusatio für möglich zu betrachten.‘ Ich glaube, man braucht bloß diese Zeilen zu lesen, um die Unwahrscheinlichkeit eines solchen Entwicklungsgangs zu erkennen: Nr. 4 bedeutet doch gegen Nr. 2 nicht einen Fortschritt, sondern einen Rückschlag: sollte denn wirklich zuerst die Absetzung ohne accusatio bei nicht doloser gestio früher als bei doloser Geschäftsführung möglich gewesen sein? Daß die Quellen einen solchen Entwicklungsgang bestätigen, darf auch gar nicht erwartet werden und wird auch gar nicht vom Verfasser bewiesen. Es zeigt sich vielmehr nach Übersicht der angeführten Belege, daß eine solche Entwicklungsgeschichte nur durch Zufall herausgearbeitet wurde, weil Taubenschlag die einzelnen Fälle in dieser Ordnung behandelt hatte. Denn für das Stadium Nr. 2 ist als Beleg D. 26,10, 7 § 1[1]) angeführt (S. 37), eine Stelle, die Ulpian zum Verfasser hat, und für das Stadium Nr. 4 wird unter anderem auch fr. Ulp. D. 3 § 13 h. t. belegweise zitiert (S. 40, vgl. S. 41, Absatz ‚Das Charakteristische‘ usw.), das auf ein Rescriptum Severi et Antonini zurückgeht.

Wird man sich diesem Entwicklungsgang gegenüber skeptisch verhalten müssen, so ist aus den Ausführungen Taubenschlags noch folgendes Ergebnis festzustellen: das scharfe Auseinanderhalten der accusatio suspecti von der remotio. Dieses geht so weit, daß Verfasser andere

[1]) Der einschlägige Digestentitel 26, 10 (De suspectis tutoribus) wird im folgenden mit h. t. bezeichnet.

Gründe für die erstere, andere für die letztere geltend machen möchte und daß er in ihnen zwei selbständige Erscheinungen (S. 29), zwei Rechtsmittel (S. 43) sieht. Wie sich die remotio zur Qualität als suspectus verhält, das wird von Taubenschlag nicht erwogen[1]), er beschränkt sich vielmehr darauf, zu zeigen, daß die remotio entweder auf Grund vorangehender postulatio suspecti oder auch ohne eine solche erfolgt. Ob der remotus auch im zweiten Falle als suspectus gilt[2]), wird wohl vorausgesetzt worden sein, wird aber nicht besonders betont, obwohl dies die von Taubenschlag hier herangezogenen Quellen mehrmals hervorheben. Auf diesen Punkt richtete aber Solazzi seine Aufmerksamkeit, und seine Anschauung (S. 268) gipfelt darin, daß das justinianische Recht zwei in klassischer Zeit verschiedene Institute verschmolzen hat: die remotio suspecti und die '*semplice*' remotio (nicht als suspectus!) — ich nenne sie im folgenden die ‚schlichte' remotio. Die erste war die Folge einer erfolgreich durchgeführten postulatio suspecti, die zweite erlangte man ‚*con la stessa postulatio*[3]), *se il pretore non riconoscendo il tutore suspectus, ne avesse almeno ordinata la remozione, ma necessariamente anche per altre vie.*' Ich halte diese

---

[1]) Sie wird vielmehr sehr oft schlechthin remotio (nicht remotio suspecti) genannt.

[2]) Die Lösung dieser Frage wäre auch vielleicht nicht bedenkenfrei ausgefallen, nach dem Mißverständnis zu urteilen, das Taubenschlag bei Deutung der Worte 'quasi suspectum' in D. h. t. 7 § 1 unterlief. Er sagt darüber S. 37 A. 45, unter Betonung eines Gegensatzes zum suspectus, daß hier vom Vormund als von einem 'quasi suspectus' gesprochen wird. Das 'quasi suspectum' ist hier aber = ut suspectum, wie es in einer Reihe von Stellen, auf die wir zurückkommen werden, heißt. Folglich hätte es hier heißen sollen, daß hier vom Tutor als einem suspectus (nicht als einem 'quasi suspectus') die Rede ist.

[3]) So S. 268, aber S. 272 wird sie der postulatio suspecti als 'postulatio *della semplice remozione*' gegenübergestellt, und S. 271[4] heißt sie postulatio removendi. Es bleibt somit zweifelhaft, ob der Verfasser auch an eine 'schlichte' postulatio dachte, deren Erfolg die 'schlichte' remotio war. Die schlichte postulatio wäre dann eine p. ohne Bezeichnung des Tutor als suspectus, die aber auch auf remotio gerichtet war. Aus den hier in der Note genannten Stellen scheint die Annahme einer solchen postulatio hervorzugehen.

Auffassung für durchaus unzutreffend, da von einer solchen milderen postulatio, deren Erfolg in einer schlichten remotio lag, in den Quellen auch nicht die geringste Spur zu finden ist[1]), geradeso wie für die ‚schlichte‘ remotio kein Anzeichen spricht.

Ich fasse die Hauptergebnisse meiner Nachprüfung der Quellen folgendermaßen zusammen:

Die postulatio (accusatio)[2]) suspecti ist von der remotio suspecti insofern auseinanderzuhalten, als sie zwei verschiedene Stadien eines und desselben Verfahrens sind, d. h. die mit Erfolg durchgeführte accusatio suspecti hat die remotio suspecti zur Folge. Insofern fallen die Gründe für die remotio mit jenen der accusatio zusammen. Wo eine remotio als statthaft erklärt wird, da ist auch die accusatio zulässig und andererseits gibt es keine remotio suspecti ohne vorhergehende accusatio suspecti. Ferner: man kann nur als suspectus removiert werden. Eine remotio ohne Titel (die sog. 'schlichte' remotio) gibt es nicht. Man darf eben nicht in dem Ausdrucke suspectus etwas Ungeheuerliches sehen, das den Abgesetzten für immer brandmarkt, es ist nur die Qualität einer Person, sich für eine bestimmte Tutel nicht zu eignen, und darunter leidet die Ehre des Betreffenden durchaus nicht. Sie wird erst dann angegriffen, wenn der Grund, weswegen er abgesetzt wird, ehrenrührig ist. Dies wird von Papinian und Ulpian klar und unzweideutig in l. 4 D. h. t. ausgeführt, und pr. und § 2 dieses Fragments bezeugen, daß man mit einer integra exstimatio (integra fama) aus der Remotionsaffäre ausgehen kann, wie auch

---

1) Eine einzige Stelle, wo man diese postulatio zu finden glauben könnte, ist trügerisch, was ja Solazzi selbst einsieht, S. 271[4].

2) Albertario, Sav. Ztschr. 33 (1912) S. 252 ff. spricht des öfteren von einer actio suspecti tutoris. Diese Bezeichnung ist nicht quellengemäß und schon aus diesem Grunde zu vermeiden; sie ist es aber auch deshalb, weil sie den Anschein erweckt, es handle sich um ein privatrechtliches Prozeßverfahren. Es kommt nur ein einziges Mal agere de suspecto tutore vor (D. 49, 5, 3), wie ich auf Grund des Berliner Digestenindex festgestellt habe. Eine actio mit entsprechendem Zusatz ist unbekannt. Die technischen Bezeichnungen lauten suspectum facere, postulare, accusare.



andererseits unter Umständen eine reine remotio nicht ausreicht, sondern der remotus noch mit Infamie belegt wird oder sogar für ganz böse Vergehen dem Strafrichter ausgeliefert wird (remittitur puniendus, vgl. D. h. t. 1 § 8, 3 § 15; 1, 12, 1 § 7).

Durch diese Auffassung in bezug auf die Grundlehren ergeben sich auch unüberbrückbare Gegensätze in Einzelheiten und besonders auch in den Annahmen von Interpolationen, und daher bildet auch die Nachprüfung der wichtigeren Interpolationenvermutungen der beiden Gelehrten unsere vornehmste Aufgabe.

II. Bevor wir dieselbe aufnehmen, wollen wir unsere Aufmerksamkeit dem Institutionentitel 1, 26 (De suspectis tutoribus et curatoribus) zuwenden.[1]) Da Solazzi gelegentlich Stellen aus diesem Titel ins Auge faßt und auf ihre Echtheit prüft, scheint es uns geboten, einige Bemerkungen über seine Zusammensetzung und Vertrauenswürdigkeit vorangehen zu lassen, um so mehr als gerade dieser Titel für die Erkenntnis der Arbeitsmethode des Redaktors dieses Teils der Institutionen besonders lehrreich ist. Unser Titel gehört nämlich zu jenen Abschnitten, die nicht auf Grund der originellen Institutionenlehrbücher (Gaius', Marcians usw.) zustande kamen, sondern vielmehr unter Zugrundelegung der bereits in endgültiger Redaktion vorliegender Digesten abgefaßt wurden.[2]) Daß dies der Fall ist, beweist der Umstand, daß seine Bestandteile zum überwiegenden Teile aus ganz verschiedenen Quellen herrühren, deren Zusammenbringung aber schon in den Digesten vollzogen worden ist. Ihr Nebeneinanderstehen in den Institutionen kann anders nicht erklärt werden. In bezug auf unseren Titel hat dies schon Ferrini a. O. S. 143 bemerkt, vgl. auch Zocco-Rosa, Paling. I (1908) S. 200ff. Will man nun den Titel Inst. 1, 26 bei

---

[1]) Er wird von Taubenschlag nicht ausgiebig genug verwertet, vgl. das Quellenregister S. 88, obwohl es doch Gelegenheit gab, fast jeden Paragraph zu zitieren.

[2]) Über solche Abschnitte der Inst. vgl. Ferrini, Bull. XIII (1901) S. 106; P. Krüger, Gesch.[2] (1912) S. 386.

der Untersuchung der klassischen Lehre vom tutor suspectus verwerten, so muß man zunächst über seine Anlehnung an den Digestentitel 26, 10 im klaren sein, denn so viel ist sicher: was von den Digesten abgeschrieben ist, ist unzuverlässig, weil ihm ein bereits durch Interpolationen verstümmelter Text zugrunde liegen kann.

Die Anlehnung an die Digesten stellt sich, wie folgt, dar: Pr. Inst. h. t. entspricht D. h. t. 1 § 2 (wörtlich); — § 1 Inst. h. t. = D. h. t. 1 §§ 3, 4, wobei aus der Untersuchung einer Streitfrage in § 4 in die Institutionen sehr weislich nur das Endresultat aufgenommen wurde; — § 2 Inst. h. t. ist auf § 5 D. eod. aufgebaut, allerdings hat hier der Kompilator auf eigene Faust eine Korrektur vorgenommen[1]), indem er zum Text hinzufügte: licet ut suspectus remotus fuerit. Diese Interpolation, die an dem Digestentext vorgenommen wurde — ich greife dadurch der Frage der Reinheit des letzteren nicht vor (vgl. unten N. 3) — ist so sicher, wie nur eine Interpolation sicher sein kann.[2]) Sie wird auch von Solazzi (S. 271/2) angenommen, freilich aus ganz anderen Gründen, denen ich — insbesondere dem Schlußabsatz (S. 272) — nicht beipflichten kann. Dem Redaktor der Institutionen schien der Satz des § 5 Dig. cit. 'modo ut meminerimus patrono parcendum' zu lakonisch und daher änderte er ihn in 'famae patroni parcendum' um und koppelte das licet-Anhängsel an. Es ist eine harmlose Zutat; wäre sie von jenen Erwägungen ausgegangen, die ihr Solazzi unterlegt, so müßte sie im Digestentext erst recht hineininterpoliert worden sein.[3]) — § 3 Inst. h. t. ist aus §§ 6 u. 7 D. eod. entstanden, fällt aber dadurch

---

[1]) abgesehen von den kleinen Abweichungen wie dummodo für modo ut und famae patroni für patrono.

[2]) Vgl. Glück, Kommentar Bd. 31 S. 74 A. 34.

[3]) Ob in D. h. t. 1 § 5 der Schlußsatz 'modo ut meminerimus patrono (Inst.: famae patroni) parcendum' interpoliert ist, wie Taubenschlag S. 30[15] annimmt, läßt sich nicht mit Sicherheit entscheiden. Jedenfalls sind Taubenschlags Argumente nicht ausschlaggebend, so der Hinweis auf das auch anderweitig interpolierte parcere, so auch der Hinweis auf die angeblich interpolierte mildere Behandlung des Patrons in D. 26, 10, 9, weil dort nichts für eine Interpolation spricht (auf die Stelle kommen wir noch zurück, vgl. unten S. 55). Und gerade die letztgenannte Stelle

auf, daß in den Institutionen als Quelle der Zulassung der Frauen zur postulatio suspecti ein Reskript der Kaiser Severus und Antoninus genannt wird, das aber in den Digesten verschwiegen wird. Den Zusatz kann der Redaktor aus eigener Kenntnis beigesteuert haben oder er hat vielleicht die Originalquelle (Ulp. l. 35 ad ed.) aufgesucht, in der er die Notiz fand.[1]) — § 4 Inst. h. t. erinnert an l. 7 pr. D. h. t. und ist mit sprachlich unerheblichen Ände-

(zweiter Satz, von Taubenschlag unangefochten) ist geeignet, das parcere famae patroni näher zu erklären: damit der Patron keiner Infamie verfällt, wird ihm anstatt der remotio ein Kurator beigesetzt. Vgl. auch den in sehr verstümmeltem Zustande überlieferten Schlußsatz von D. h. t. 3 § 18, wo ohne Mommsens Korrektur man an eine Interpolation denken müßte. — Anhang. Der libertus wird zu einer accusatio suspecti gegen seinen Patron nicht zugelassen, weil dieselbe unter Umständen mit der Infamie des Patrons enden kann und ein solcher Schritt dem Freigelassenen gegen seinen Patron bekanntlich untersagt ist. Vgl. C. 5, 55, 1 (a. 223) und D. h. t. 3 § 1 zweiter Satz. Dieser wird von Taubenschlag S. 32 (neuerdings auch von Beseler Beitr. III, 72 — ohne Berufung auf T. und ohne Argumente) mit nicht gewichtigen Argumenten als interpoliert bezeichnet. Daß die Stellen 'in einem gewissen (sic) Widerspruch' stehen, sehe ich nicht ein. Taubenschlag scheint ihn darin zu sehen, daß in l. 3 § 1 cit. der Grundsatz mit melius est eingeführt wird, die c. 1 cit. dagegen 'prinzipiell' dem Freigelassenen das Recht zur postulatio susp. abspricht. Nun spricht aber die Konstitution von einer actio famosa und damit ist die a° tutelae gemeint, nicht die acc. susp. (diese wird zwar einmal famosa causa genannt, Fr. Vat. 340 b, vgl. D. 3, 3, 39, 7; doch ist sie nur unter gewissen Umständen [fraus] infamierend, nicht aber immer). Von einem Widerspruch kann daher keine Rede sein. Solazzi (S. 299) scheint Taubenschlag zuzustimmen. — Man kann auch ohne weiteres die Worte 'pupillorum' und 'eorum' im ersten Satz der l. D. h. t. 3 § 1, die Taubenschlag als 'nicht nur ganz überflüssig, sondern einfach sinnstörend' bezeichnet, stehen lassen. Warum soll denn den Kompilatoren die Hinzufügung einzelner sinnstörender Worte zugemutet werden? War es denn ihre Absicht oder Aufgabe, den Sinn der klassischen Stellen zu stören?

[1]) Es ist nämlich auffallend, daß D. eod. § 7 in bezug auf die Schwester sich folgendermaßen äußert: nam in sorore et rescriptum exstat divi Severi, obwohl früher in bezug auf die Mutter von keinem Reskript die Rede war. — Die zitierten Worte aus l. 1 § 7 cit. erfordern eine Korrektur: entweder ist für et — etiam zu lesen (so schon Haloander) oder die Wortfolge ist in 'nam et in sorore' zu ändern. — Zu l. 1 § 7 vgl. Taubenschlag S. 31, der mit Recht aus sprachlichen Gründen die Echtheit des Schlußsatzes in Frage zieht.

rungen aus diesem Fragment entstanden. Woher der Redaktor den Satz 'et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt' hergenommen hat, bleibt aber unklar. Ist dieser Satz echt, d. h. in dem Sinne, daß das vorher Gesagte tatsächlich in einer klassischen Vorlage auf ein Reskript zurückgeführt wurde, dann stürzt die Lehre von der Unklassizität der postulatio suspecti curatoris, die gleichzeitig und unabhängig von zwei Seiten[1]) verfochten wurde, unrettbar in Trümmer. Beide Forscher, Solazzi und Albertario, haben sich auch mit der Institutionenstelle befaßt, doch aus der obigen Darstellung ergibt sich gleich, daß Albertarios Auffassung, der reine Text sei jener des § 4 Inst. und der interpolierte jener der Digesten, gleich abzulehnen ist.[2]) Aber auch die Annahme Solazzis, daß in § 4 Inst. cit. nur der Satz puberes — arguere interpoliert ist, ist nach obigen Ausführungen über die Entstehung des Institutionentitels, die durch die später folgenden Betrachtungen noch bekräftigt wird, nicht stichhaltig: denn der Satz ist nicht eine Interpolation ad hoc, sondern aus den Digesten herübergenommen. Ist man aber geneigt, jenen Grundsatz von der accusatio der curatores adulescentis als nachklassisch zu bezeichnen — dafür haben Solazzi und Albertario eine Reihe triftiger Argumente beigebracht, so daß ihre Lehre mehr als wahrscheinlich gilt — so bleibt nichts anderes übrig, als mit Solazzi (S. 164 ff.) die umfangreiche Interpolation der l. D. 7 § 1 cit. anzunehmen, wodurch auch ein Teil des § 4 Inst. cit. als unklassisch abfällt, und den Schlußsatz vom Reskript Sev. und Ant. als Zutat des Institutionenredaktors, ähnlich wie im § 3 Inst. h. t., zu bezeichnen.

Mit dem § 4 verläßt der Institutionenredaktor, vielleicht durch die Nachforschung nach einer Originalquelle, in der die einschlägige Gesetzgebung angeführt war, dazu

[1]) Solazzi, a. O. S. 158 ff., und Albertario in einer ein wenig skizzenhaft und ohne Berücksichtigung des vollständigen Materials geführten Untersuchung, Sav.-Ztschr. 33 (1912) S. 252 ff.

[2]) Die Bemühungen Albertarios um die Echtheit der Institutionenstelle sind vergeblich: ein Klassiker schreibt nicht puberes, wenn er nur die Verrückten und Verschwender meint.



veranlaßt, die Digesten und greift in ein anderes Buch, etwa ein mit Zitaten reichlich ausgestattetes Institutionenlehrbuch ein[1]), und dieser Quelle ist vielleicht das die folgenden §§ 5—8 umfassende Stück zu verdanken.[2])[3]) Bei diesen vier Paragraphen muß daher die Begründung einer Interpolation von ihnen selbst ausgehen, und nicht von der Digestenvorlage, wie bei den früheren Paragraphen dieses Titels.

Die folgenden §§ 9 ff. stammen wieder aus den Digesten. Der Redaktor hält nochmals eine Nachlese in dem Digestentitel 26, 10 und sammelt das auf, was ihm für die Institutionen nützlich scheint. Und so diente ihm l. 7 § 2 D. h. t. für § 9 Inst. als Vorlage, und aus dem § 3 der l. 7 cit. fügte er als kurze Zusammenfassung den ergo-Satz zu § 9 Inst. hinzu. — § 10 Inst. h. t. entstand aus D. h. t. 3 § 15 mit Abkürzungen und unbedeutenden Änderungen, § 11 Inst. aus l. 2 D. h. t. (eingefügt 'vel nepotum'); § 12 Inst. stützt sich auf l. 6 D. h. t., für die als Vordersatz die ersten Worte der l. 5 D. h. t. unter durchgreifender Verarbeitung dienten, § 13 Inst. endlich bildet eine fast wörtliche Wiedergabe der l. 8 D. h. t. Bei solchen Stellen, für die die fertigen Digesten als Vorlage dienten, werden wir mit 'Doppelinterpolationen' rechnen müssen, die an einem für die Digesten bereits interpolierten Text bei seiner Übertragung in die Institutionen vorgenommen wurden. Eine solche Doppelinterpolation liegt z. B. im § 13 Inst. h. t. in den Worten 'vel curator' vor, die in einen

[1]) Ferrini spricht sich für Marcian aus, ihm folgt Zocco-Rosa.

[2]) Auf eine sonderbare Erscheinung möchte ich noch hinweisen, die die Vermutung nahelegt, daß der Institutionenredaktor auch den einschlägigen Titel im Codex (I. Ausgabe), De suspectis 5, 43 nachgeschlagen hatte. Denn § 4 Inst. h. t. entspricht inhaltlich der c. 9 eod. und § 7 Inst. h. t., der sich auf Papinian beruft, steht inhaltlich der c. 7 eod. sehr nahe (vgl. Inst.: quoad cognitio finiatur, Cod.: donec causa finiatur). Soll dies reiner Zufall sein? Vielleicht ist auch die Notiz 'constitutum est' in § 6 Inst. h. t. mit c. 3 eod. in Zusammenhang zu bringen. Die Kongruenz ist so auffallend und interessant, daß sie hervorgehoben zu werden verdiente. Von Abschreiben ist freilich keine Rede.

[3]) § 8 Inst. h. t. mit l. 11 D. h. t. zusammenzubringen, geht schwerlich an. Richtig schon Glück, Komm. 31, S. 114.

m. E. bereits interpolierten Text (vgl. unten S. 60) hineingetragen wurden.

III. Für die hier vertretene These, daß man removiert wird, nur wenn und weil man suspectus ist, seien zunächst zwei Quellenstellen angeführt, deren Echtheit über jeden Zweifel erhaben ist und die merkwürdigerweise von Solazzi gar nicht erwähnt werden. Es sind dies nicht die einzigen Belege, die wir für unsere These und gegen jene Solazzis vindizieren; eine Reihe anderer, die zum Teil aus der kritischen Betrachtung der Gegenargumente hervorgehen werden, wird das gleiche bezeugen. Es schien jedoch opportun, diese zwei Hauptstellen vorerst sprechen zu lassen, um durch dieselben eingeführt an die Kritik anderer herantreten zu können. Es handelt sich um Gai. I 182 und Ulp. 11, 23. Beide Stellen beziehen sich auf ein Senatusconsultum, das bei Absetzung eines Vormundes die Einsetzung eines neuen Tutor bestimmte. Der Fall wird folgendermaßen bezeichnet: si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus (Ulp. submotus) sit. Daraus ist eines klar: hätte es neben der remotio suspecti tutoris auch jene 'schlichte' remotio in klassischer Zeit gegeben, so müßte das Senatusconsultum auch auf diesen Fall Bedacht nehmen und die Ersetzung des removierten Tutor durch einen neuen vorschreiben, denn daß das Mündel in solchem Falle ohne Vormund bleiben sollte, ist undenkbar. Durch diese beiden Stellen wird die Auffassung Solazzis erschüttert, denn sie sind mit ihr unvereinbar; man müßte denn annehmen, daß ein Postklassiker beide Stellen entsprechend zugerichtet hätte. Das wird aber kein Romanist glauben.

IV. Für die Scheidung der accusatio susp. tut. von der remotio glaubt man in der Anlage des Ediktskommentars Ulpians (l. 35 ad ed.) D. h. t. ll. 1 und 3 eine Stütze zu finden. Dies hat insbesondere Taubenschlag am Eingang seiner Untersuchung über das crimen suspecti (S. 27ff.) darzulegen versucht, indem er in einer sehr gründlichen Auseinandersetzung zu zeigen unternahm, daß Ulpians Kommentar dem eingangs aufgestellten Programm (l. 1 § 1

D. h. t.: ... tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor [vel curator], deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur deque poena suspecti) nicht entspreche. Taubenschlag will nämlich zeigen, daß der Ulpiansche Kommentar weit ausführlicher ist und Fragen umfaßt, die im Programm gar nicht enthalten sind.[1]) Taubenschlag möchte nun mit Rücksicht auf den Inhalt des Kommentars folgende Herstellung des ursprünglichen Textes der l. 1 § 1 cit. vorschlagen (S. 29[6]): ... tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos et quis et a quo et ex quibus causis postulari[2]) possit suspectus tutor, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur deque poena suspecti). Ich zögere keinen Augenblick mit der Behauptung, daß, wer von den jungen interpolationeneifrigen Romanisten einen solchen Text in den Digesten vorgefunden hätte, ihn gleich als byzantinisches Machwerk bezeichnet hätte. Er würde und sicher mit Recht an der gräßlichen Wiederholung Anstoß nehmen, er würde ferner (was er übrigens dem heutigen Text gegenüber vorwerfen muß) dem Konjunktiv possit den schlechten Indikativ removetur entgegenstellen, er würde die Schlußworte deque poena suspecti ein unschönes Anhängsel nennen, weil er dies auch dem heutigen Texte gegenüber tun muß.[3]) Man sieht daraus, daß die l. 1 § 1 cit. schon in der überlieferten Gestalt kein schönes Latein aufweist, sie ist aber, so wie sie in den Digesten dasteht, mit den folgenden Ausführungen Ulpians besser im Einklang als die von Taubenschlag vorgeschlagene Rekonstruktion. Denn in den Worten apud quos postulari quis

---

[1]) Gegen Taubenschlag hat schon Solazzi, S. 299 f. manches richtige Argument beigebracht, doch auch er mißt der harmlosen Aufzählung des § 1 cit. zu große Bedeutung bei. Das 'Programm' läßt sich aber auch gegen Solazzis Theorie verwerten.

[2]) Taubenschlag hat das 'quis', das an dieser Stelle im Ulpianschen Text steht, übersehen; damit fällt auch seine Betrachtung zu 1 § 5 eod. (S. 28), wo er für diese Erörterung Ulpians (nunc videamus qui suspecti fieri possunt) in l. 1 § 1 cit. nach apud quos ein 'et quis' einschieben will!

[3]) Ist wirklich im § 18 der l. 3 h. t. im Einklang mit dem Entwurf von der 'poena suspecti' die Rede? So Taubenschlag S. 29 bei A. 5. — Und wovon spricht denn l. 1 § 8 h. t., l. 2 und andere?

possit suspectus tutor ist genügende Veranlassung vorhanden, auf die Fragen qui und a quo (das liegt im Passiv postulari) suspecti postulari possunt einzugehen. Wo sind aber die Ausführungen für 'a quo removetur'? Taubenschlag nennt dafür nichts, Solazzi weist dafür auf l. 3 § 4 h. t. (S. 300), den er aber sehr zutreffend (vgl. unten S. 86) als kompilatorisch bezeichnet. Somit wird diese Frage von Ulpian gar nicht beantwortet, sie war daher auch überflüssig im Programm. Wo sind ferner die Ausführungen für die Beantwortung der Frage 'quis removetur'? Taubenschlag nennt l. 3 §§ 2, 3 h. t., die 'genau der Ulpianischen Disposition entsprechen'. Wieviel bleibt aber aus diesen beiden Paragraphen übrig, wenn man die dazu gehörigen Ausführungen von Albertario[1]), Beseler[2]), Solazzi[3]) und Taubenschlag[4]) liest?[5]) Kaum einige Worte! Und dafür soll Ulpian in seinem Programm einen besonderen, von dem 'quis postulari possit' zu scheidenden Punkt aufgesetzt haben! Schließlich: ein 'ex quibus causis (postulari possit)' in die Disposition hineinzutragen, finde ich nicht nur überflüssig, sondern einfach störend, weil eben dieselben Gründe, die zur accusatio suspecti berechtigen, die remotio suspecti zur Folge haben und es auch eine remotio ohne accusatio nicht gibt und deshalb reicht eine Untersuchung der diesbezüglichen causae vollkommen aus. Dieser enge Zusammenhang zwischen der accusatio suspecti und der remotio suspecti wird eben durch keine Stelle so deutlich gekennzeichnet, wie durch die l. 3 § 5 h. t., die den Ausgangspunkt des Rekonstruktionsvorschlags Taubenschlags bildet, wo der Text so beginnt: nunc videamus ex quibus causis suspecti removeantur. et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare rel.[6]) Die Identität der causae für die remotio und postulatio wird durch diese Worte klar festgesetzt.[7]) Für ganz unwahrscheinlich halte ich

[1]) Sav.-Ztschr. 33, S. 255. [2]) Beiträge I 50. [3]) S. 159 f., 288[1].
[4]) S. 36. [5]) Nicht alle sind freilich einwandfrei hinzunehmen!
[6]) Darin, daß die Wirkung der accus. susp. in der remotio liegt, sind alle einig. [7]) Dasselbe geht ja auch aus dem 'Programm' selbst hervor, doch wollten wir uns vorher darauf nicht berufen, nachdem es nicht anfechtungsfrei dasteht.

aber die Annahme Taubenschlags (S. 28/9), die Kompilatoren hätten die Frage: nunc videamus ex quibus causis quis suspectus postulari possit, die vor l. 3 § 1 h. t. (wohl gemerkt!) stand, ausgemerzt und an ihre Stelle (sic!) den Satz ex quibus causis suspecti removeantur, der vor § 12 dieser lex (wohl gemerkt!) gehörte, als Eingang zu § 5 eod. eingesetzt! Ein solcher Vorgang der Kompilatoren, den man doch wohl, ohne sich einer Übertreibung schuldig zu machen, vom Standpunkte der Arbeitsmethode der Kompilatoren und der gesetzgeberischen Technik überhaupt undenkbar nennen darf, hätte doch wohl nur den Zweck gehabt, die 14 Jahrhunderte später lebenden Romanisten aufs Glatteis zu führen, und diese Tendenz dürfen wir ihnen wahrlich nicht zumuten.

Die enge Verknüpfung der beiden Begriffe, accusatio und postulatio, die sich dadurch erklärt, daß sie beide zusammen ein Ganzes bilden, wird auch durch folgende Stellen bezeugt. D. h. t. 1 § 3 spricht vom ius removendi, der unmittelbar folgende § 4 eod. vom postulari apud legatum proconsulis, beides bildet eben ein cognoscere de suspecto (vgl. § 4 cit. i. f. und im § 5 eod. die ersten Worte: ostendimus qui possunt de suspecto cognoscere). Daß es sich um eine und dieselbe Frage handelt, beweist auch die Verschmelzung der beiden Paragraphen in einen in den Inst. h. t. § 1.[1]) Und schließlich sei hier noch eine Stelle, die ganz unzweideutig auch gegen Solazzi[2]) spricht, angeführt:

> D. 27, 4, 4 (Jul. l. 21 dig.): a tutela remotus eo loco haberi debet, quo esset finita tutela, et sicut actiones patitur perinde ac si pupillus pubes factus esset, ita contrario iudicio[3]), si quid ei aberit, persequi debebit: nihil enim prohibet[4]) suspectum tutorem esse, quamvis complura in rem pupilli impenderit, quae eum amittere non oportet.

---

[1]) Vgl. oben S. 45.

[2]) Von ihm unberücksichtigt.

[3]) Neues darüber bei Partsch, Negatiorum gestio I (Heidelb. Sitz.-Ber., phil.-hist. Kl. 1913) S. 46ff., zur Stelle vgl. S. 53², 60¹, 61¹.

[4]) Interpolationsmerkmal nach Beseler, Beitr. III, 142, doch wird obige Stelle von ihm nicht behandelt.

Der a tutela remotus des ersten Satzes — in dem man etwa auf den ersten Blick einen mit der schlichten remotio Abgesetzten sehen möchte — wird gleich im folgenden Satze als suspectus gebrandmarkt. Diese Gleichstellung des remotus a tutela schlechthin mit dem suspectus tutor beweist zweifellos, daß es nur eine Art von remoti gab, und zwar die suspecti.

V. Daß die remotio mit der accusatio nicht zwei 'selbständige Erscheinungen'[1]) sind, sondern vielmehr in dem Verhältnis zueinander stehen wie Wirkung zur Ursache, da eine erfolgreiche accusatio notwendig eine remotio zur Folge hat, wurde oben (IV) gezeigt. Wichtiger ist aber der gegen Solazzi zu führende Nachweis, daß jede remotio nur dann Platz greifen kann, wenn der Tutor als suspectus anerkannt wird und daß die sog. 'schlichte' remotio ein dem klassischen Recht durchaus fremdes Gebilde ist. Wir haben bereits dafür schon oben (III) zwei Quellenstellen angeführt, die diese Annahme zur Gewißheit erheben; wir wollen jetzt daraufhin das weitere Material prüfen[2]).

Da ist nun zunächst folgendes zu beachten: das Verfahren gegen einen Tutor suspectus, das zur Feststellung seiner Eigenschaft als suspectus[3]) führt, heißt cognoscere de suspecto tutore (cognitio suspecti), vgl. D. h. t. 1 §§ 4, 5; 3 § 1; 10; 11. D. 1, 21, 4 pr. Nun ist es auffallend, daß von einer cognitio gegen einen Tutor non suspectus, der zu removieren sein wird, etwa einer cognitio de removendo tutore keine Spur zu finden ist. Und doch hätte eine solche irgendwo vorkommen müssen, da auch der schlichten remotio ein Verfahren vor dem Magistrat vorausgehen mußte.

[1]) Vgl. oben S. 42. [2]) Vgl. auch oben S. 52/3.

[3]) Wertvoll ist der Hinweis Taubenschlags S. 35 auf ein in diesem Zusammenhange bisher unverwertetes Basilikenscholion Stephanus' (Bas. 8, 2, 39, Heimb. I p. 378), welches auf die pronuntiatio des Magistrats, daß der Vormund suspectus sei, verweist. Eine solche pronuntiatio wird aber auch in den Digesten erwähnt, vgl. D. 4, 4, 38 pr. i. f. und 48, 2, 1 § 11. Die Stellen habe ich freilich nicht in der einschlägigen Literatur gefunden, sondern erst bei einer Einsicht in den Berliner Digestenindex.

Eine wegen ihrer reinen Sprache jedem Verdacht Trotz bietende Stelle verdient hier mit besonderer Betonung genannt zu werden — sie wird von Solazzi mit Stillschweigen übergangen —:

I. 1, 26 § 6: suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aeque.

Aus dieser Stelle sehen wir nun, daß man wegen culpa vom Vormundschaftsamte removiert, auch als suspectus gilt. Selbstverständlich könnte hier eingewendet werden, daß hier etwas gestrichen wurde, doch tritt im Lichte der vorher genannten Gaius- und Ulpian-Stellen (oben Abs. III) der wahre Inhalt der Stelle klar zutage. Den Beweis der Unechtheit der Stelle zu führen, wäre vergebliches Bemühen, um so mehr, als auch die Entstehungsgeschichte des Institutionentitels 1, 26 (oben Abs. II) für die Echtheit dieses Paragraphen spricht und an der Stelle selbst sprachlich nichts auszusetzen ist. Außerdem wird ihr Inhalt durch C. 5, 43, 9 bestätigt, vgl. unten S. 69.

Und nun zu D. 26, 10. Da ist gleich der Ausspruch Ulpians in dem nunmehr berühmten Programm (l. 1 § 1 h. t., s. oben S. 50), in welchem er die Anlage seiner Betrachtungen angibt, zu nennen: zum 'removetur' kann als Subjekt nur suspectus tutor gedacht werden (nicht etwa tutor schlechtweg); ist dies aber der Fall, dann ist die remotio nur eines suspekten Vormunds bezeugt.

L. 1 § 3 D. h. t. spricht von einem 'ius removendi suspectos tutores', nicht 'tutores' schlechthin[1]); l. 3 § 5: suspecti removeantur; l. 10 h. t. spricht von einem decreto praetoris ut suspectus remotus: gäbe es einen remotus non suspectus, so hätte er für den in der Stelle ausgesprochenen Grundsatz erst recht genannt werden müssen. Um diese Stellen und auch manche der folgenden begreiflich erscheinen zu lassen, müßte man zu willkürlichen Interpolationsvermutungen greifen und sich durch die Annahme helfen, hier sei überall die auf die schlichte remotio bezug-

[1]) L. 3 § 1 D. t. h. (posse tutorem suspectum remotum contutores suos suspectos facere) will ich nicht als Beleg anführen, weil man entgegenhalten könnte, daß hier der Inhalt eines Reskripts angegeben wird, das einen besonderen Fall ins Auge faßte.

nehmende Notiz gestrichen worden. So weit ging aber wohlweislich selbst der Schöpfer der Theorie von der 'schlichten' Remotion nicht.

In l. 3 § 13 D. h. t. wird von der Absetzung von Vormündern mit einem einfachen 'removeri eos oportere' gesprochen, obwohl sie sich einer fraudulosen Handlung schuldig gemacht haben. Daß sie aber als suspecti removiert werden sollen, kann keinem Zweifel unterliegen.[1]) Nach der Theorie Solazzis würde hier anzunehmen sein, daß hier eine schlichte remotio vorliegt, eine Annahme, die schlankweg mit Rücksicht auf den der remotio zugrundeliegenden Tatbestand (per fraudem!) abzulehnen ist. Aus dieser Stelle lernen wir, daß auch dort, wo von einem removere schlechthin die Rede ist, nicht gleich auch an eine remotio eines non suspectus zu denken ist. Dasselbe beweist auch in ebenso klarer Weise

> D. h. t. 9 (Mod. l. sing. de heur.): si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit[2]) et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est curatorem ei potius adiungi quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.

Hier könnte man der Theorie Solazzis folgend zur Annahme hinneigen, daß im Satze 'et quis eorum — removendus videatur' eine Zusammenfassung beider Remotiones, der r. suspecti und der 'schlichten', vorliege. Diese Annahme wäre trügerisch, weil das gleich folgende cum notata existimatione removeri darauf hinweist, daß hier sogar ein bedenklicherer Fall der suspecti remotio gemeint ist. Ferner zeigt m. E. der Inhalt des ganzen Fragments, daß die re-

[1]) Vgl. Taubenschlag S. 40.

[2]) Nebenbei sei bemerkt: Taubenschlag klammert die Worte vel si patronus — gerit als interpoliert ein (S. 50, 30 A. 15). Seine Argumente sind nicht stichhaltig: gerit kann einfach Abschreibefehler für ge⟨sse⟩rit sein. Warum blieben aber die Worte quis eorum nicht beanstandet? Dieselben sind unverständlich, wenn vorher nur von einem Tutor die Rede gewesen wäre. Im übrigen finde ich das Zusammenstellen des Patrons mit Verwandten durchaus nicht auffallend und nehme die Stelle als echt an. Zu weiteren in diesem Zusammenhange von Taubenschlag angenommenen Interpolationen vgl. oben S. 45[3].



motio eines nicht suspectus ein Truggebilde ist, das den Klassikern völlig fremd war. Hätte es eine solche gegeben, so wäre die Argumentierung des Schlußsatzes ganz gebrechlich.

Ebensowenig beziehen sich auf eine Absetzung des Vormunds als nicht suspectus die Worte 'vel removendum eum' in D. 27, 2, 6, obwohl suspectus in der Stelle fehlt. Das fehlende suspectus wird eben durch die Worte 'qui dignus tali nota videbitur' aufgewogen. Wir müssen jedoch auf die Stelle näher eingehen, da ihre Klassizität bereits in solchem Umfange angefochten wurde, daß auch obige Worte darunter leiden.[1] Zuerst hat Beseler[2]) sie zu säubern versucht, wobei er ohne jede Begründung einen so radikalen Einschnitt vornahm, daß aus der Stelle kaum ein Siebentel — die Anfangs- und Schlußworte — heil blieb. Der Rest wurde als 'nachklassische Erweiterung, am wahrscheinlichsten Embl. Triboniani', bezeichnet. Taubenschlag (S. 53) ist ebenso radikal, denn auch nach seiner Rekonstruktion, die allerdings anders als die von Beseler ausfiel, schrumpft das Fragment zu wenigen Worten zusammen: si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, praetor causa cognita etiam absente tutore decernet. Wir sehen davon ab, daß eine solche Rekonstruktion byzantinisch klingt, denn hätte so ein Klassiker geschrieben, so würde ihn ein moderner Forscher gleich mit dem Einwand 'zu decernet fehlt das Objekt' gepackt haben — aber unter die Argumente Taubenschlags, die zum Teil richtig sind, haben sich auch solche eingeschlichen, die man glatt

[1]) Tryph. (l. 14. disp.): si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, si quidem neglegentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis adfinibus atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem: et ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo. si vero necessaria absentia tutoris et inprovisa acciderit, forte quod subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suae providere nec consulere pupillo potuerit et speratur redire et idoneus sit tutor nec expediat alium adiungi et pupillus alimenta de re sua postulet: recte constituetur ad hoc solum, ut ex re pupilli alimenta expediat.

[2]) Beiträge II, S. 76.



ablehnen muß, z. B. jenes, das ich wörtlich aus S. 53 abschreibe: 'Ein klassischer Jurist hätte schwerlich sagen können, der Prätor entscheide: der Vormund sei zu removieren oder es sei ihm ein Kurator beizugeben; denn der Prätor bestimmt nicht, was zu geschehen habe, sondern setzt mit seinem Dekret den Vormund einfach ab oder adjungiert ihm einen Kurator.' Ist aber nicht decernet removendum .... et adiungendum = decreto removebit et adiunget? Daneben wurden die Basiliken unzutreffend verwertet und ihr ebenfalls verstümmelter Text[1]) der Rekonstruktion zugrunde gelegt. An dem si vero necessaria rel. will auch ich nicht festhalten, da ist des Bösen wahrlich zu viel, aber von dem Vorangehenden ist manches Wertvolle als klassisch festzunageln. Da hat Solazzi S. 264/5 mit mustergültiger Vorsicht aus dem Vordersatze das gerettet, was zu retten war.[2]) Aus seiner Rekonstruktion des Textes (Streichung der Worte 'si quidem neglegentia', 'evocatis adfinibus atque amicis tutoris' und von si vero bis ans Ende) kommen auch die hier vorher verwerteten Worte heil heraus.[3])

Eine weitere Stelle, die für unsere These von Wichtig-

---

[1]) Darauf hat schon Peters, Die oströmischen Digestenkommentare (in Berichte über die Verhandlungen der Kgl. Sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl. Bd. 65. 1913) S. 37 A. 95 hingewiesen.

[2]) Man kann hier nur noch höchstens an dem deserta derelictaque Anstoß nehmen, was Taubenschlag S. 53 richtig betont.

[3]) Aus dieser Herstellung ergibt sich, daß der in dieser Stelle erwähnte curator impuberis, den Taubenschlag auf Grund jener mißglückten Verwertung der Basiliken verdrängen wollte, klassisch ist. Es ist auch nicht einzusehen, warum er unklassisch sein sollte, wenn D. 27, 3, 9 § 5 von einem curator spricht, der einem tutori suspecto postulato adiunctus sit. Die adiunctio eines Curator neben einen Tutor ist für andere Fälle ein zweifellos klassisches Institut (vgl. Taubenschlag S. 48 ff.), wie im Fall D. h. t. 9 (s. oben S. 55); D. 26, 6, 4 § 2; J. 1, 23, 5. — Ist aber nicht etwa in D. 26, 5, 11 ein Wink für die Interpolation des curator in l. 6 cit. gegeben? (So Taubenschlag S. 53, 55.) Durchaus nicht: denn erstens kann ein Curator einem impubes gegeben werden für den Fall der Abwesenheit des Tutor rei publicae causa (vgl. J. 1, 25 § 2 und D. 27, 1, 10, § 6, darüber richtig Taubenschlag S. 56/7) und dies legt die Vermutung nahe, daß in l. 11 cit. eine Unwahrheit steht. Es is daher m. E. der Vermutung Solazzis (S. 246[3]) beizutreten, daß in l. 1st cit. curator für tutor interpoliert ist.

keit ist, die wir aber bei Solazzi nicht verwertet fanden, ist D. 26, 1, 14 § 4: praeterea[1]) si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor. Könnte Ulpian sich so ausgedrückt haben, wenn es auch eine remotio eines nicht suspectus gegeben hätte, die doch auch das Ende der Tutel herbeiführen mußte?[2])

Bei Ablehnung der Theorie von der 'schlichten' remotio ist hier noch auf eine Konstitution, die allerdings späterer Zeit angehört (a. 260), zu verweisen. In c. 5, 36, 4 ist die Rede von der Einsetzung neuer Vormünder an Stelle jener, die es zu sein aufgehört haben, darunter wird der Fall erwähnt: id est in locum suspecti, qui convictus ac remotus est. Hätte es eine schlichte remotio gegeben, so müßte sie auch hier erwähnt gewesen sein.

VI. So weit die Quellen, an denen bis jetzt von Solazzi nicht gerüttelt wurde. Zur Begründung unserer Auffassung dürfte es aber nicht irrelevant sein, das Wesen des Wortes suspectus in der Lehre von der Vormundschaft näher ins Auge zu fassen. Eine kleine Vorbemerkung sei uns aber vorher gestattet: crimen suspecti heißt technisch die Beschuldigung eines Tutor als suspectus, und es ist klar, daß in der Verbindung 'crimen suspecti' das erste Wort nicht 'Delikt', 'Verbrechen' u. ä. — denn dann wäre die Bezeichnung crimen suspecti der reinste Unsinn — sondern 'Anklage', 'strafrechtliche Verfolgung'[3]), 'Anschuldigung'[4]) bedeutet. Diese Vorbemerkung, die schlechthin

---

[1]) Es wird in diesem Abschnitt von dem Ende der Tutel gehandelt.

[2]) Im Lichte dieser Stelle verliert D. 26, 2, 11 § 2 (Ulp. l. 37 ad Sab.: idem dicimus et si fuerit remotus: nam et hic idcirco abit, ut alius detur) für Solazzis These jede Beweiskraft. Solazzi selbst beruft sich auch auf sie nicht.

[3]) Vgl. Heumann-Seckel s. h. v.

[4]) Vgl. Pernice, Labeo II² 2, 1 S. 182 bei A. 6. Richtig schon Glück, Komm. 31, S. 42 A. 88. Im Griechischen entspricht dem crimen suspecti *τὸ τῆς ὑποψίας ἔγκλημα*, vgl. Sch. Steph. zu Bas. 8, 2, 39 (= D. 3, 3, 39 § 7), Heimb. I 378. In Bas. 37, 10, 11 (= D. h. t. 12), Heimb. III 675 ist das Wort *ἔγκλημα* (oder etwa *δικαστήριον*, vgl. unten), ausgefallen. Dem terminus accusatio suspecti entspricht *ἡ περὶ τῆς ὑποψίας* bzw. *τοῦ ὑπόπτου κατηγορία*, vgl. Bas. 37, 10, 10; 17 (Heimb.

überflüssig scheinen könnte, war aber nötig, um einen Ausspruch Solazzis (S. 272) als irrtümlich zurückzuweisen. Dort heißt es: *nell' epoca classica la condotta che rende sospetto il tutore era considerata un crimen.*[1]) Vielleicht ist auch in dieser Entgleisung die Quelle jener Theorie von zwei postulationes und zwei verschiedenen remotiones zu suchen, da es dem Verfasser zu hart erschien, den Tutor, der für mindere Unkorrektheiten removiert wurde, gleich als mit einem 'crimen' belastet zu betrachten. Wir sehen aber, daß das Wort crimen in der Verbindung crimen suspecti recht harmlos (= postulatio, accusatio) ist.

Der Begriff des 'suspectus' hat an sich nichts Anrüchiges, denn bekanntlich gilt ein heres als suspectus, wenn seine Vermögensverhältnisse keine genügende Sicherheit bieten; es wird auch von hereditates suspectae gesprochen.[2]) Allerdings gelten für den tutor suspectus besondere Definitionen:

> D. 42, 5, 31 § 1 (Ulp. l. 2 de omn. trib.): sed suspectus heres non isdem modis, quibus suspectus tutor aestimatur: siquidem tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus pupillaribus et callida conversatio suspectum commendet, heredem vero solae facultates.

> D. 26, 10, 8 (Ulp. l. 61 ad ed.) = J. 1, 26, 13: Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimvero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

III 675). Es kommt auch τὸ τῆς ὑποψίας δικαστήριον vor, vgl. Bas. eod. 6 (Heimb. III 674) und Theoph. Paraphr. Inst. 1, 26, 2.

[1]) Dieselbe irrige Auffassung (crimen = delitto) schimmert auch in der Darstellung de Medios, Bull. 17 (1905) S. 21 bei A. 1 durch, so auch de Medio in Studi Fadda II (1906) S. 226 bei A. 1. So endlich auch jüngst v. Mayr, Röm. Rgesch. I, 2 (1912) S. 34.

[2]) Vgl. z. B. Gai. II 258; D. 2, 12, 2; 12, 6, 34; 17, 1, 32; 28, 5, 84, 1; 28, 7, 19; 29, 5, 23. 24; 35, 1, 44, 5; sehr häufig im D. Tit. 36, 1; 38, 2, 20, 5; 38, 2, 50, 4; 42, 6, 1, 6. — Andere Verbindungen, die unser Interesse verdienen, sind: procurator s. D. 3, 3, 19. 25; tabulae s. D. 29, 3, 1, 1; persona s. D. 43, 29, 3, 10; 43, 30, 3, 4; 37, 4, 16 (avus s.) D. 27, 9, 5, 11 (propinqui s.); vita s. D. 3, 3, 8 pr.

Man hat bisher dem ersten Ausspruch vollständiges Vertrauen entgegengebracht. Und doch scheint mir hier manches auszusetzen zu sein. Abgesehen davon, daß man keine genügende Erklärung dafür findet, wieso Ulpian beim Begriff des heres suspectus, wo es sich nur um erbrechtliche Fragen handelte, auf eine Definition des Tutor suspectus verfiel, glaube ich zunächst hervorheben zu müssen, daß der Gegensatz 'heredem vero solae facultates' logisch im Vordersatz tutorem non solae facultates rel. erfordert. Wir werden gleich sehen, daß dies auch sachlich dem Rechte jener Zeit besser entspricht. Daß eine Bezugnahme auf das fraudulente Gebahren des Tutor darauf folgte, will ich nicht leugnen, da ja die Hauptfälle der suspecti postulatio auf diesem Gebiete liegen, aber es muß zugegeben werden, daß auf dem ganzen Satz byzantinische Belastung auffällt: conversatio ist bei Justinian beliebt[1]); suspectum commendare, als verdächtig 'empfehlen', würde kaum ein Klassiker gesagt haben[2]); fraudulenta et callida: ist dies nicht des Guten zuviel?; in rebus pupillaribus est endlich auffallend schlecht gesetzt. Ich wage nicht, den Satz gleich auszumerzen, glaube aber nicht übertriebene Kritik an der Stelle geübt zu haben.

Die zweitgenannte Stelle blieb nicht unbeanstandet. Solazzi S. 271 hat die Redensart qui moribus talis est, ut suspectus sit als 'entsetzlich' bezeichnet; ich möchte der Ansicht Solazzis gegenüber auf die lex Acilia repetundarum l. 11 mit der traditionellen Ergänzung mori(bus suspectus) hinweisen, die den Gedanken nahelegt, daß dieser Begriff Ulpian vielleicht nicht ganz fremd war und nur ungeschickt hineingearbeitet wurde. Daß man aber die pauperes ohne weiteres als Tutores zuließ, ist kaum denkbar, und ich glaube daher nicht an die Echtheit des zweiten Satzes.[3])

[1]) Im Sinne von ratio agendi ist es im klassischen Wortschatz ein *ἅπαξ εἰρημένον* und kommt nur in dieser Stelle vor, vgl. Vocab. I 1027 l. 49.

[2]) Das Vocab. notiert wiederum diese einzige Stelle als Beleg für commendare = probare, convincere (I 814 l. 33). Ob diese Gleichstellung vollkommen richtig ist, scheint mir zweifelhaft.

[3]) Es ist nicht zu ersehen, wie weit die Interpolationsannahme Solazzis reicht; sollte sie sich aber, wie aus S. 271[2] zu entnehmen wäre,

Die Verstümmelung der beiden Definitionen (Streichung des 'solae' in l. 31 § 1 cit., Anfügung des Schlußsatzes in l. 9 cit.), die aus dem Begriff suspectus die rein materielle Basis verdrängte, ist für die Auffassung der Kompilatoren sehr charakteristisch: es schimmert hier ein höherer ethischer Gedanke durch, der die Vormünder lediglich wegen materieller Unsicherheit einer acc. susp. nicht aussetzen wollte. Daß aber die Klassiker anders dachten, zeigen zunächst zwei Stellen, die in das Gebiet der Lehre von Mitvormündern fallen und aus welchen Solazzi selbst, m. E. zutreffend, die Regel entnimmt (S. 97): *che il tutore risponda in luogo del contutore insolvibile nel caso di amministrazione divisa, se trascurò di promuovere l'accusatio suspecti*, vgl. D. 26, 7, 46 § 6 und D. 46, 6, 12.[1]) Ich verweise noch auf weitere Stellen aus demselben Gebiete: D. 26, 7, 7 § 14.[2]) 39 § 16.[3]) 41. 53[4]); 27, 3, 1 § 15. Es wird in keiner dieser Stellen auf ein doloses oder ein anderes Mißtrauen erweckendes Vorgehen des Vormunds hingewiesen, das eine accusatio suspecti rechtfertigen würde, vielmehr überall nur auf die Vermögensunsicherheit hingedeutet.[5]) Von Ähnlichem be-

---

nur auf die Worte quasi suspectus beschränken, so ist sie m. E. entschieden abzulehnen, weil für eine solche Annahme, wie eine ganze Reihe ähnlicher, auf die wir zurückkommen werden, kein Grund vorliegt.

[1]) Hier wird auf die von Binder, Korrealobligationen S. 340 f. angedeutete Interpolation zustimmend hingewiesen, vgl. Taubenschlag S. 32 Anm. 21 und Solazzi S. 97[3]. Doch ist m. E. die Annahme Binders durchaus unsicher und nachprüfungsbedürftig. Zur Stelle vgl. Girard, Studi Fadda 2 (1906), 57 ff.

[2]) Taubenschlags Verdacht gegen die Worte 'si suspectum facere supersedit' (S. 32 A. 21) scheint mir unbegründet. Die oben im Texte genannten Stellen zeigen vielmehr, daß obiger Satz durchaus nicht entbehrlich ist. Taubenschlag verdächtigt das Wort supersedere, weil es auch an anderen interpolierten Stellen vorkommt. Nun sind aber bis jetzt nur die oben N. 1 genannte Stelle, dann D. 10, 4, 9, 4 (Beseler, Beitr. I 38) und neuestens D. 4, 3, 1, 6 (Beseler III, 113) verdächtigt worden. Die Statistik dieses Wortes (Material auf Grund des Berliner Index: obige zwei Stellen nebst den bei Heumann-Seckel s. h. v. genannten) zeigt, daß es viermal bei Pap., fünfmal bei Ulp. und einmal bei Paul. vorkommt.

[3]) Ich sehe nicht ein, warum der Schlußsatz zu streichen wäre, wie Taubenschlag S. 32 A. 21 vorschlägt. [4]) Vgl. dazu Solazzi, 62 f.

[5]) Besonders deutlich l. 39 § 16 cit.: qui non idoneum (sc. contutorem) tutelae tempore suspectum facere supersedit.

lehren uns einige Kodexstellen. Vgl. C. 5, 55, 1 pr., 5, 56, 2, besonders prägnant aber 5, 42, 2 pr. (a. 260, v. c.: removeri a tutela, si inopia hoc faciat, sine infamia rel.) und

C. 5, 43, 5 (a. 233): in postulandis suspectis tutoribus [seu curatoribus[1])] non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter[2]) nihil fraudulenter geratur perpendi debeat.

Solazzi greift a. O. das 'principaliter' an, das er den Kompilatoren zuschiebt, weil Ulpian in D. 42, 5, 31, 1 nicht einmal in untergeordneter Weise von den Vermögensverhältnissen des Vormunds spricht. Nun haben wir aber schon oben (S. 60) aus dem verderbten Texte Ulpians herauszulesen versucht, daß die facultates des Vormundes bei Beurteilung, ob er suspectus ist, nicht irrelevant sind, unsere frühere Vermutung wird durch diese Stelle mit dem echten principaliter glänzend bestätigt.

Und nun noch die Definition des suspectus in den Institutionen 1, 26, 5.[3]) Hier wird der suspectus mit 'qui non ex fide tutelam gerit' umschrieben. Diese Worte sind zweifellos echt, weil sie ein Gegenstück in den Digesten haben: D. 26, 7, 19 (v. fr.: si non ex fide curam[4]) gerat). Die negative Fassung der Definition ist auffallend. Wäre nur der dolus (fraus) für die Bezeichnung als suspectus maßgebend, so hätte die Definition positiv gefaßt werden müssen (etwa dolo, per fraudem). Non ex fide ist aber nicht gleichbedeutend mit dolo usf. Daß man es lediglich als Verletzung der Pflicht und Treue eines Vormundes aufzufassen hat, wurde bereits in der älteren Literatur angenommen.[5]) So dürfte in dem non ex fide auch für Fahrlässigkeit des Tutor Raum sein. Jedenfalls ist die negative Formulierung der Definition sehr bezeichnend.

Obige Betrachtungen ergeben, daß die Qualität suspectus auch von solchen Umständen abhängig ist, die nichts mit dem Willen, insbesondere der bösen Absicht (Arglist, fraus, dolus) zu tun haben. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Solazzi den Grundsatz aufstellt, daß man

[1]) Itp. vgl. Solazzi, 166. [2]) Darüber noch unten S. 65[2].
[3]) Über die Stelle vgl. noch unten. [4]) Dazu Solazzi S. 160.
[5]) Zusammengestellt bei Glück Bd. 31 S. 48 f.

nur wegen dolus suspectus sein kann (S. 260).[1]) Die von ihm in diesem Zusammenhange genannten Stellen (S. 260) beziehen sich eben nur auf den Hauptfall des suspectus tutor. Es ist möglich, daß die Entwicklung von der Fraus des Tutor ausging[2]), verfolgen und beweisen läßt sich aber diese Entwicklung nicht.

VII. Die Bezeichnung suspectus und in der Folge die Absetzung als eines solchen, kann nun einem tutor zuteil werden auch aus Gründen, die außerhalb des Gebiets des Dolus liegen. Eine logische Notwendigkeit dieser Feststellung ist es, daß auch für die accusatio suspecti dieselben Gesichtspunkte bestimmend sind. Und in der Tat lesen wir in jenen Stellen über die Mitvormünder[3]) — auch nur in bezug auf diese — von einem suspectum facere (= suspectum postulare) wegen materieller Unsicherheit des Mitvormunds. Ist aber dies festgesetzt, so kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß man als suspekt postuliert werden kann, nicht nur dann, wenn man fraudulenter vorgeht, sondern auch, wenn man sich einer neglegentia[4]) schuldig macht, d. h. nachlässig die Geschäfte der Pupillen führt. Und auch eine andere Erwägung führt zu demselben Ergebnis. Steht es nun einmal fest, nach welchen Umständen man als suspekt removiert wird, so muß parallel mit ihnen auch die Befugnis zur postulatio suspecti laufen: denn die postulatio susp. ist doch das einfachste Mittel, durch welches die Behörde zur Kenntnis jener Umstände gelangt, die eine remotio suspecti erheischen. Schon von diesem Gesichtspunkte aus ist die Einschränkung der acc. susp. auf krassere Fälle allein, wogegen die remotio suspecti ohne vorhergehende accusatio auf weitergehende Verstöße

[1]) In der bei Solazzi S. 97 vertretenen Auffassung (vgl. oben S. 61) liegt ein Widerspruch mit dem oben ausgesprochenen Grundsatz.

[2]) So Pernice, Labeo II² 2, 1, S. 185. [3]) Vgl. oben S. 61.

[4]) Vgl. Pernice, Labeo II 2, 1 (1900) S. 186: 'Damit ist offenbar nicht ein bestimmter Grad der culpa bezeichnet, sondern es ist dem Prätor, wie natürlich, freie Hand gelassen, den unfähigen und unachtsamen Vormund ohne Geräusch, d. h. ohne Infamie bei Seite zu schieben.' So auch schon Rudorff, dessen Ansicht Pernice a. O. A. 3 als sehr vernünftig bezeichnet.

gemünzt werden sollte — dies die Theorie Taubenschlags S. 34[1]) — unwahrscheinlich. Freilich muß zugegeben werden, daß der Quellenstand nicht ganz klar ist und eine vollkommene Reinigung des einschlägigen Materials nicht ohne Schwierigkeiten und Bedenken durchzuführen ist, doch kann man zu positiven Ergebnissen gelangen, wenn man mit gewisser Vorsicht bei der Textkritik vorgeht. Daß Großreinemachen mittels willkürlicher Interpolationsannahmen ist wahrlich, wo es sich um wenige Stellen handelt, keine allzugroße Kunst.

Zunächst ist eine Stelle zu betrachten, die für unsere Frage von großer Wichtigkeit ist:

> D. h. t. 3 § 17 (Ulpian l. 35 ad ed.): is tutor qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate, potest suspectus postulari.

Es ist bezeichnend, daß die Korrekturen, die an dieser Stelle von Taubenschlag (S. 34) und Solazzi (S. 261) vorgenommen werden, wenn auch in der Form verschieden, sachlich auf dasselbe hinauslaufen. Taubenschlag klammert die Worte 'inconsideranter vel' ein, wobei er freilich übersehen hat, daß dazwischen das Wort 'pupillum' steht und dadurch die Einklammerung '[inconsideranter] pupillum [vel]' nicht so einfach ist, wie die von ihm vorgeschlagene. Solazzi nimmt richtiger Anstoß an der auffallend schlechten Einreihung des 'vel dolo'[2]), das er nun ausmerzt und schließt dann den Text, da er an eine accus. susp. bei nicht dolosem Vorgehen nicht glaubt, mit folgenden Worten: ⟨non⟩ potest suspectus postulari, ⟨sed removendus est⟩. Daß ich mich der Ansicht Solazzis nicht anschließen kann, versteht sich nach den vorhergehenden Ausführungen von selbst. Denn hier wird einerseits zwischen den Postulationsgründen und jenen der Remotion unterschieden, andererseits die quellenwidrige 'schlichte' Remotion hineingearbeitet. Damit ist aber die Ergänzung des Schlußsatzes für mich abgetan. Aber auch Taubenschlags Vorschlag kann mich — von dem ihm anhaftenden Versehen

---

[1]) Wir kommen noch später darauf zurück.

[2]) Diese hat Taubenschlag nicht bemerkt, weil in seinem Text das Wort pupillum fehlt.

abgesehen — nicht befriedigen, da die von ihm ins Treffen geführten Argumente nicht überzeugen. 'Die Stelle ist sprachlich insofern auffallend, als der schwächere Grad des Verschuldens vor den stärkeren gestellt wird.' Hat denn dies etwas zu bedeuten? Ich begnüge mich, auf meine bei anderer Gelegenheit vorgebrachten Ausführungen (Krit. Vierteljahrsschr. 1912 S. 423 f.) hinzuweisen. Das weitere Argument: es sei die einzige Stelle, die wegen Vernachlässigung die Anstellung der suspecti postulatio zuläßt, ist nicht richtig, wie gleich gezeigt werden wird. Daß D. h. t. 4 § 4 direkt die postulatio in solchen Fällen ausschließt, ist zweifelhaft, weil die Stelle auch anders gedeutet werden kann, vgl. unten S. 66 ff. Somit gibt es aber kein einziges unanfechtbares Argument gegen die Echtheit des 'inconsideranter'. Findet man aber die vorhergehenden Betrachtungen richtig, so wird man es als sicher echt festhalten wollen und sich mit der Streichung des ungeschickt an unrichtiger Stelle eingeschobenen 'vel dolo' — Solazzi folgend — begnügen.[1])

Daß obige Stelle nicht die einzige ist, die von der postulatio suspecti bei Nachlässigkeit spricht, zeigt die von Taubenschlag übersehene c. C. 5, 43, 5 (oben S. 62 zitiert). In dieser Stelle sind die Worte nihil segniter für unsere Auffassung ausschlaggebend, da sie bestimmen, daß bei Beurteilung der postulatio suspecti darauf zu sehen ist, ob vom Tutor die Vormundschaftsgeschäfte nicht segniter geführt wurden. Allerdings wird wieder gegen die Worte 'nihil segniter'[2]) von Solazzi S. 166 Einspruch erhoben[3]), doch wird man mit mir denselben ablehnen müssen erstens, weil der Beweis, die Nachlässigkeit des

---

[1]) Das Wort 'inconsideranter' selbst etwa als unklassisch anzugreifen, liegt kein Anlaß vor. Vgl. die Belege bei Heumann-Seckel s. h. v. Bei Justinian kommt es nicht vor (Longo). Unangefochten ist es auch von Pernice, Labeo II[2] 2, 1 S. 186. Im klassischen Wortschatz kommt es freilich nur dieses einzige Mal vor.

[2]) Segnitia kommt in der Lehre vom tutor susp. auch in D. h. t. 3 § 18 vor.

[3]) 'nihil segniter *stona* postulandis suspectis, *perchè la neghittosità è un motivo di remozione* (gemeint ist wiederum die 'schlichte' remotio), *non di* postulatio suspecti'.

Vormunds bilde keinen Grund der postulatio suspecti, nicht zu führen ist und gerade das Gegenteil, wie wir zeigen wollen, der Wahrheit näher steht. Andererseits glaubt Solazzi dabei wieder an die schlichte remotio, die wir als ganz unwahrscheinlich bezeichneten.[1])

Eine crux in unserer Frage bildet die lex

> D. h. t. 4 § 4 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.

Von Taubenschlag wurde die Stelle verschont (S. 34 bei A. 31), von Solazzi (S. 259, 261) aber zutreffend vom störenden 'vel dolum, si dolo fecerunt' gereinigt. Die Begründung könnte wohl schärfer gefaßt werden. Die ignavia wird auch anderweitig der neglegentia gleichgestellt (vgl. D. 38, 17, 2 § 41), unrichtig daher Solazzi (S. 261), der sie als gleichwertig mit dem dolus auffaßt. Von diesem Ausgangspunkt ist an der Erwähnung des dolus in unserer Stelle nicht zu rütteln. Die Interpolation ergibt sich aber lediglich aus der Sprache. 'Si dolo fecerunt' ist überflüssig, weil selbstverständlich, der Jurist hätte denn auch si ignavia vel neglegentia fecerunt sagen müssen; das fecerunt steht ohne Objekt da und deutet bei einem Nichtstun (nihil gesserunt) auf byzantinische Denkart. Das Einschiebsel 'si dolo fecerunt' ist aber nur dann erklärlich, wenn der Textrestaurator auch 'vel dolum' eingeschoben hatte. Die von Solazzi aufgedeckte Interpolation ist daher m. E. zweifellos. — Die Stelle bildet aber auch nach dieser Reinigung die Grundlage jener Scheidung der remotio suspecti von der postulatio suspecti, da aus ihr gefolgert wird, daß auch dort, wo eine post. susp. nicht zulässig ist, eine remotio dennoch möglich ist. Tauben-

[1]) Auf C. 5, 43, 6 § 1 (a. 238) möchten wir lieber in diesem Zusammenhange nicht verweisen. Si igitur tutores non recte administrant, suspectis eis postulatis rel. Non recte ist nicht = fraudulenter und erinnert lebhaft an Inst. 1, 26, 5 (non ex fide tutelam gerit); es umfaßt jede Geschäftsführungstätigkeit, die in ungehörender Weise geschieht. Doch heißt es dann im § 2 eod. quod si nihil in fraudem egerunt rel. — Zu dieser Konstitution vgl. Solazzi S. 166 f.



schlag formuliert den Inhalt der Stelle nach der Richtung hin, daß hier die suspecti postulatio wegen Vernachlässigung direkt ausgeschlossen wird, und auch bei Solazzi wird der Satz, daß bei Untätigkeit des Tutor die postulatio suspecti unzulässig ist[1]), zum Dogma erhoben, das er dann mehrfach für seine Interpolationsvermutungen verwertet. Nun glaube ich aber, daß die beiden Ansichten nicht das Richtige treffen, man muß nur ganz unbefangen an das Fragment herantreten.

Wer nichts getan hat, was zur Vormundschaftsführung gehört (qui nihil gesserunt), kann nicht ohne weiteres als suspekt postuliert werden, d. h. die bloße Untätigkeit als solche gibt noch keinen Anlaß zur accusatio susp. Das ist wohl ganz richtig, man braucht nur an den Fall zu denken, daß der Vormund schwer krank ist oder rei publicae causa verreisen mußte. Also: darauf, daß jemand als tutor untätig ist, kann die postulatio susp. noch nicht gestützt werden. Wenn er aber (verum) infolge von Trägheit oder Fahrlässigkeit nichts tut, dann kann er removiert werden. Warum? Weil er eben durch sein Betragen eine solche Eigenschaft bekundet, die ihn für das Amt eines Vormundes ungeeignet erscheinen läßt. Er kann also removiert werden, natürlich als suspectus, weil dies anders nicht geschehen kann; darf er aber als suspekt removiert werden, so kann er auch als solcher postuliert werden. Und in der Regel wird auch der Magistrat erst durch eine postulatio suspecti erfahren, daß der Vormund die Vormundschaftsgeschäfte vernachlässigt. Auf Grund der accusatio wird der Magistrat in die Lage kommen, die Untätigkeit des Vormunds auf ihren Hintergrund zu prüfen, ob sie auf angeborene Faulheit, die er etwa auch in seinen eigenen Sachen bekundet, zurückzuführen ist, oder ob sie in absichtlichem Liegenlassen der Geschäfte des Pupillen ihren Grund hat. Nach dieser Unterscheidung wird auch dann die Remotio mit oder ohne Infamie ausfallen. Das Unheil, das die Stelle anrichtete — ich glaube nicht fehlzugehen, wenn ich vermute, daß hier die Quelle der neuen

[1]) Die beiden Ansichten sind nicht identisch, denn Untätigkeit kann auch im Dolus ihren Hintergrund haben.



Theorien zu suchen ist — liegt darin, daß im ersten Satz von suspecti postulari, im anderen von removeri die Rede ist. Ich frage aber: kann nicht einem Juristen, der an einer anderen Stelle beim Aufwerfen der Frage (D. h. t. 3 § 5, vgl. oben S. 51/2) ex quibus causis suspecti removeantur in der Antwort vom suspectum postulare spricht, zugemutet werden, daß er auch hier promiscue diese Ausdrücke gebraucht, weil sie schließlich auf ein und dasselbe herauskommen? Was ist denn dabei Auffallendes, wenn ein nichtstuender Tutor, der des Pupillen Geschäfte träg und nachlässig verwaltet oder vielmehr wegen angeborener Faulheit sie überhaupt nicht verwaltet, von den Angehörigen des Pupillen — denn diese sind regelmäßig diejenigen, die mit der acc. susp. auftreten — vor dem Prätor als ungeeignet bezeichnet wird? Denn darauf läuft schließlich die suspecti postulatio hinaus. Man muß nur das Wort 'suspectus' die verbrecherische Färbung abstreifen lassen, die es besonders in der Verbindung crimen suspecti zu haben scheint.[1])

Nimmt man nun diese Deutung an, und ich glaube der Stelle dabei keine Gewalt angetan zu haben, so sind gleich einige Stellen sehr gut verständlich, ohne daß man ihnen Interpolationen unterschiebt, die durch nichts zu begründen sind und lediglich darauf abzielen, sie mit einem angeblich dem klassischen Recht angehörenden Gedanken vereinbar zu machen, der ihnen in der Tat ganz ferne liegt.

> D. h. t. 7 § 1 (Ulpian l. 1 de omn. trib.)[2]): si fraus non sit admissa sed lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.

Taubenschlag formuliert den 'sicher echten' Kern der Stelle folgendermaßen: si fraus non sit admissa, removeri hunc (sc. tutorem) quasi suspectum oportet. Mit einem solchen Kern wird man sich aber schwerlich zufrieden geben, da doch darin kein Wort darüber steht, was der Tutor eigentlich getan hatte. Etwas mußte aber dem Vormund vorgeworfen worden sein. Von der lata neglegentia

[1]) Vgl. oben S. 58f.

[2]) Vgl. Taubenschlag S. 37 und Solazzi S. 260f.

oder zumindest neglegentia allein war daher in der Stelle sicher die Rede. Zu streichen ist nur nach den bekannten Untersuchungen de Medios[1]) der Satz quia — accedit. Vielleicht war bei der neglegentia ein anderes Zeitwort genannt, weil neglegentiam admittere, das nur hier vorkommt, nicht gerade sehr schön ist.[2]) Abzulehnen ist aber die Annahme Solazzis, das quasi suspectum sei kompilatorische Zutat. Nach der Darstellung des klassischen Rechts, wie sie hier entwickelt worden ist, stehen diese Worte am richtigen Fleck.[3])

Unzutreffend ist ferner die Beanstandung der Stelle

> C. 5, 43, 9 (a. 294): suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob neglegentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est.

durch Solazzi (S. 260), der hier die Worte 'ex dolo' streichen will. Ich sehe nicht ein, warum durch die Stellung des ex dolo die Interpolation evident wäre;

---

[1]) Literatur bei Solazzi, S. 260 A. 2, 3.

[2]) Vgl. Pernice, Labeo II² 2, 1 S. 186⁴.

[3]) Unrichtiges zum Teil bei de Medio, Bull. XVII (1905) S. 20 f., der die Stelle in ihrem ganzen Umfange — dies geht aus seinen Ausführungen in Studi Fadda 2 (1906), 225 bei A. 5 klar hervor — als Kompilatorenwerk anspricht. Sprachlich ist an dem Teil des Fragments, den wir als echt festhalten wollen, mit Ausnahme der admissa neglegentia, die man schließlich zur Not gelten lassen kann (vgl. Pernice a. O.), nichts auszusetzen. Das 'hunc' schwebe in der Luft wird behauptet, vgl. Pernice a. O., auch schon Sav.-Ztschr. 14 (1893) S. 174ⁿ, de Medio a. O. Ja, aber § 1 cit. mußte doch nicht in der Vorlage sich unmittelbar an das pr. angeknüpft haben und das Gegenteil ist nach dem Inhalte der beiden Stellen mehr als wahrscheinlich. Dann ist das 'hunc' lediglich aus Unachtsamkeit aus der Vorlage herübergenommen worden, in der es mit Rücksicht auf einen unbekannten Vordersatz gut angebracht war. Solche Erscheinungen kommen in den Digesten hundertmal vor. Wie kann man sich überhaupt eine kompilatorische Zutat mit einem aus der Luft gegriffenen 'hunc' vorstellen? Solche Versehen können eben nur einem Abschreiber, nicht einem Verfasser zustoßen. Wichtiger ist aber, daß de Medio aus dieser Stelle — unter Heranziehung von C. 5, 43, 9 und J. 1, 26, 6 — folgern will, daß der wegen (lata) neglegentia remotus der Infamie verfällt. Diese Folgerung ist ganz unzutreffend und ist wohl nur auf die Tendenz zurückzuführen, den Inhalt des Fragments in krassem Licht erscheinen zu lassen. Die unrichtige Deutung ist wohl auch auf das Mißverstehen des crimen suspecti tutoris (vgl. oben S. 59[1]) zurückzuführen.

ich finde überhaupt keinen besseren Platz für diese Worte und gerade ihre Stellung vor 'non etiam' scheint mir den Gegensatz schärfer zu betonen. Der in dieser Stelle enthaltene Grundsatz entspricht dem klassischen Recht und außerdem bezeugt die Stelle[1]), daß die ob neglegentiam remoti gleichfalls als suspecti removiert werden, ein Ergebnis, das wir schon aus anderen Stellen herausgelesen haben. Streichen wir aber das ex dolo, so enthält der Torso einen für das klassische Recht direkt falschen Grundsatz, weil die Infamie des remotus lediglich davon abhängt, ob seine remotio wegen dolus erfolgte.

Zu den Belegstellen dafür, daß man nur wegen dolus als suspectus gelten kann, zählt Solazzi (S. 260) auch D. 1, 12, 1 § 7. Hier ist aber eine ganz besonders schlimme Sorte von Vormündern gemeint, es heißt da von ihnen: qui male in tutela versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia. Damit ist aber gezeigt, daß hier nicht an eine Beschränkung des Kreises der suspecti gedacht ist.[2])

VIII. Wir wenden jetzt unsere Aufmerksamkeit einigen Stellen zu, die sich mit der Untätigkeit des Tutor, insbesondere bei absentia befassen. Da ist gleich eine wichtige Stelle zu nennen, die die Richtschnur der Lehre angibt:

> D. 26, 7, 5 § 2 (Ulpian l. 35 ad ed.): quod si posteaquam gessit, tunc se gestu abstinuit, etiam suspecti postulatio succedit.[3])

Wohl zu merken ist, daß hier mit keinem Worte angedeutet wird, die postulatio suspecti sei nur dann zu-

[1]) Da aus dem 'suspectos' auch zum 'remoti' 'suspecti' hinzuzudenken ist — geradeso wie 'remoti' inhaltlich auch zu 'suspectos tutores' gehört.

[2]) Taubenschlag S. 44 A. 66 folgt bei D. 26, 1, 9 (nicht 19, wie Taubenschlag a. O.) den Editoren der italienischen Digestentaschenausgabe in der Annahme, daß die Stelle zum Teil interpoliert ist. Dies ist bei der Identität der dort aufgezählten Fälle mit D. 1, 12, 1, 7 kaum anzunehmen. Es handelt sich vielmehr um Schulfälle, die Marcian (in seinem Institutionenlehrbuch) und Ulpian mit denselben Worten formulieren. Unzureichend Beseler, Beitr. III 44 zu l. 1 § 7 cit.

[3]) Von Solazzi S. 261[3] merkwürdigerweise unbeanstandet hingenommen.

lässig, wenn die abstinentia auf dem dolus beruhte! Wie ist mit dieser Stelle Solazzis Theorie zu vereinen?

Für die absentia kommen folgende Stellen in Betracht:

D. 26, 10, 7 § 2 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): praeterea accesserunt quaedam species ex epistula imperatoris nostri et divi Severi ad Atrium Clonium: nam adversus eos, qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere, ut suis rebus careant praecipitur reique servandae causa pupillus in possessionem mittatur eius, qui suspectus sententia sua factus est quaeque mora deteriora futura sunt curatore dato distrahi iubentur.[1])

Solazzi bezeichnet die Stelle als interpoliert, ohne jedoch den Umfang der Interpolation zu bezeichnen. Unrichtig ist gleich die Eingangsbemerkung, der Anfang des § 2 zeige, daß er weitere Fälle behandelte, in denen, wie in § 1 eod., die accusatio susp. nicht statthaft ist. Diese Bemerkung ist durch die oben S. 68f. zu § 1 cit. vorgebrachten Ausführungen erledigt. 'In possessionem mittatur eius' nennt Solazzi entsetzlich: '*occorre sottointendere* bonorum'. Soll dies etwa ein Interpolationsindiz sein und sollten die Kompilatoren nicht gewußt haben, daß zu possessionem 'bonorum' gehört? Mit der Annahme eines Schreiberversehens kommt man ganz gut aus. Im übrigen zeigt J. 1, 26, 9, die Kopie dieser Stelle[2]), daß das Ausfallen des Wortes 'bonorum' ein reines Versehen ist. Der Satz qui suspectus sententia sua factus est kann in dieser Gestalt nicht echt sein.[3]) Mir scheint die Korrektur 'absentia' für 'sententia', die von mehreren Seiten[4]) vorgeschlagen wurde, die plausibelste zu sein. Denn wäre dieser Gedanke vom suspectus erst von den Kompilatoren geschaffen worden, so hätte der Institutionenredaktor ihn beim Abschreiben für die Institutionen nicht verdrängt. Und ferner

[1]) Unzureichend die Bemerkung Taubenschlags S. 40f.

[2]) Vgl. oben S. 48.

[3]) Richtig darüber Solazzi S. 262 bei A. 1 und diese Anmerkung, gegen Kniep, Gai. Comm. I, S. 286.

[4]) P. Krüger notiert: vir doctus apud Schultingium. Nach Glück, Komm. Bd. 31 S. 68 A. 28 sind noch Faber und Ev. Otto hier zu nennen.

zeigt der ergo-Satz, der in den Institutionen eingefügt wurde, klar, daß der Gedanke vom suspectus in dem festgesetzten Digestentext stand. Daraus hat der Redaktor der Institutionen unter Berücksichtigung des folgenden § 3 D. eod. einen Nachsatz zusammengeschmiedet, ohne jedoch etwas Neues sagen zu wollen.[1] Auf die Bemerkung Solazzis, daß beide Mittel, die in diesem Text erwähnt werden, schlecht vereinbar sind, da bei der Zulässigkeit der remotio die missio in possessionem überflüssig erscheint, ist zu antworten, daß die missio ein einstweiliges Mittel darstellt, um den Tutor zur Aufgabe seines zweideutigen Spiels zu bewegen. Hilft sie nicht, dann wird zur remotio gegriffen.

Die suspecti remotio ist in diesem Falle auch bezeugt durch

> D. 26, 10, 7 § 3 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): item si quis tutos datur non compareat, solet edictis evocari, novissimeque si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit rel.

Unbeanstandet von Taubenschlag (S. 38) wird die Stelle von Solazzi (S. 263) stark angefochten. Abgesehen von dem hier nicht wiedergegebenen Schlußsatz, der byzantinisch klingt, kann ich aber Solazzi nicht zustimmen. Ut suspectus ist echt, aus demselben Grunde, aus dem es in dem vorher genannten Fragment echt ist und ebenso in der gleich zu betrachtenden l. D. h. t. 3 § 14 unantastbar ist. Was Solazzi von 'item' behauptet, ist durch die analogen Ausführungen zu l. 7 § 2 h. t. (s. oben S. 71) entkräftet. 'Ob hoc ipsum quod copiam sui non fecit' ist durchaus nicht, wie Solazzi meint, '*un motivo inutilmente ripetuto*', weil der Nachdruck auf dem Worte ipsum liegt. Was Wunder, daß der Tutor als suspectus erklärt wird, wenn er sich auch auf die evocatio edicto[2]) durch den Prätor nicht stellt. Die remotio suspecti ist als letztes Mittel (novissime) gedacht. Dasselbe bezeugt

[1]) Ganz anders Solazzi a. O.

[2]) Vgl. D. 38, 17, 2 § 41 und D. 27, 2, 6 ('edicto proposito'). — Zur evocatio edicto vgl. jetzt Steinwenter, Studien zum römischen Versäumnisverfahren (1914) S. 33f.

C. 5, 43, 3 (a. 229): praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis

und ich kann Taubenschlag (S. 38) nicht zustimmen, wenn er zwischen diesen beiden fast aus derselben Zeit stammenden Stellen einen Widerspruch sieht und daraufhin den Schlußsatz 'quod si — prohiberis' athetiert. Nun ist es aber nicht uninteressant festzustellen, das Solazzi S. 146[3] den Anfangssatz streichen möchte, da er '*un colore troppo caricatamente bizantino*' habe. Was würde da aus der Stelle übrigbleiben, wenn die beiden Annahmen richtig wären? Zum ersten Satz bemerke ich, daß ich die von Solazzi betonte Überladenheit durchaus nicht finden kann. Solazzi scheint durch das Wort 'remedium' zu der Annahme vom byzantinischen Charakter der Stelle bewogen worden zu sein, ich denke aber, daß der Standpunkt Beselers[1]), daß 'remedium' den Klassikern wahrscheinlich fremd war, nach den Ausführungen Mitteis'[2]) als überwunden gelten kann.[3]) Aber auf den ersten Satz kommt es schließlich nicht viel an. Wichtiger ist aber der zweite. Beide Gelehrte sind nun einig darin, daß hier von einer postulatio suspecti nicht die Rede sein kann, und zwar Solazzi deshalb, weil hier nur eine schlichte remotio zuständig war, Taubenschlag deshalb, weil diese postulatio suspecti einen Widerspruch gegen l. 7 § 3 cit., wo nur von remotio die Rede ist, bedeute, der ganze Satz sei daher zu streichen. Wer aber meiner Auffassung folgt, der wird diesen Widerspruch überhaupt nicht finden. Die beiden Stellen sind vielmehr im schönsten Einklang und bestätigen in sehr willkommener Weise die hier vertretene Auffassung, daß jeder, der als suspekt removiert werden kann, auch als solcher mit der accusatio angegriffen werden kann. Von diesem Gesichtspunkte aus ist ja eine weitere Verteidigung der Echtheit der Konstitution überflüssig, doch

[1]) Beiträge II, 121. [2]) Sav.-Ztschr. 33 (1912) 205.

[3]) Trotz H. Krüger, Mélanges Girard II 28. — Bei Diocl. kommt das Wort schon sehr häufig vor.

seien noch einige Worte gestattet. Quod si in contumacia perseveraverint ist derselbe Gedanke, der in D. 26, 10, 7 § 2 in den Worten 'sui copiam perseverant non facere' Ausdruck fand und in D. 26, 10, 7 § 3 das 'novissime'[1]) diktierte; der Satz ut — prohiberis ist zweifellos echt, es ist typische Konstitutionensprache. Anfechtbar bleibt also nur das 'suspectos postulare', dessen Echtheit m. E. außer Zweifel steht. 'Non prohiberis' deutet darauf hin, daß es sich um den Schritt einer Privatpartei handelt, die die Absetzung des Vormunds herbeiführen will. Von ihrer Person aus beurteilt kann es sich also nur um die postulatio suspecti handeln und nicht um ein removere. Das auf Bas. 37, 11, 13 aufgebaute Argument Taubenschlags ist ohne Bedeutung, weil die Stelle aus dem Tipucitus hergestellt ist und nur eine kurze Zusammenfassung des lateinischen Textes ist. Es geht nicht an, solche Basilikenstellen zur Rekonstruktion des klassischen Textes zu benützen.[2])[3])

Daß wir nach obigen Stellen für die Echtheit der Schlußworte von D. 26, 10, 3 § 14 (Ulpian l. 35 ad ed.: tutor qui ad alimenta pupillo praestanda copiam sui non faciat, suspectus est poteritque removeri) — dagegen zu Unrecht Solazzi S. 263 — keine Worte verlieren wollen, ist klar. Da aber Solazzi für die Unechtheit des suspectus den folgenden § 15 ins Treffen führt, so muß auf diese Stelle eingegangen werden.

> D. 26, 10, 3 § 15 (Ulpian l. 35 ad ed.): sed si non latitet (sc. tutor), sed praesens nihil posse decerni contendit quasi inopibus (inopi *dett.*), si datis pupillo advocatis in mendacio revincatur, ad praefectum urbis remittendus est: neque enim interest id agere quemquam, ut corrupta fide inquisitionis tutor constituatur, an bona fide constitutum velut praedonem alienis bonis incumbere: hic ergo non quasi suspectus removebitur,

[1]) Vgl. oben S. 72.

[2]) Gegen diese Methode Taubenschlags mit Recht Peters, a. d. oben S. 57[1] a. O. S. 37.

[3]) Im übrigen ist die Basilikenfassung auf die Tutores und nicht die Petentin abgestellt.



sed remittetur puniendus ea poena, qua solent adfici, qui tutelam corruptis ministeriis praetoris redemerunt.

Taubenschlag (S. 44 f.) verweist auf die emphatische Ausdrucksweise, die Zuziehung von advocati, den Vergleich mit dem praedo und glaubt hier eine tribonianische Auseinandersetzung zu finden, 'die den Inhalt einer Konstitution wiedergibt'. Positive Vorschläge zur Heilung dieser sicher nicht in ihrer ganzen Ausdehnung unbrauchbaren Stelle werden nicht gemacht. Tiefer greift Solazzi (S. 263/4) ein: er weist auf D. 26, 7, 7 § 8 und 1, 12, 1 § 7 hin und betont mit Recht, daß das Ausliefern des Tutor in die Hände des Strafrichters erst recht seine remotio von dem Tutorposten erfordert (vgl. l. 1 § 7 cit.) und glänzend ist der Einfall, daß in dem Satz non quasi suspectus removebitur nach 'non' ein 'tantum' oder ein anderer gleichwertiger Ausdruck[1]) ausgefallen ist. Das Weitere in den Ausführungen Solazzis kann ich jedoch nicht gutheißen. Der Satz 'neque — incumbere' ist sicher Interpolation (oder Paraphrastenwerk), die auf paraphrastische Vereinigung der beiden Fälle[2]) gerichtet war. Der fremde Zusatz ist auch sprachlich hinlänglich genug gebrandmarkt (interest agere . . . an . . incumbere[3])). Hingegen behaupte ich (gegen Solazzi S. 264), daß quasi suspectus sicher echt ist, denn ein Mann, der vor den Strafrichter zur Bestrafung wegen schwindelartigen Betragens verwiesen wird, ist zumindest ein suspectus Tutor.[4]) Unzutreffend ist auch m. E. die Bemerkung Solazzis, daß hier die acc. susp. unstatthaft ist, weil der Tutor auch hier nihil gessit.

---

[1]) Vielleicht 'solum'.

[2]) In der vom Institutionenredaktor beim Abschreiben glatter abgefaßten Stelle 1, 26, 10 lauten sie: negat propter inopiam alimenta posse decerni; data pecunia ministerium tutelae redemit. Vgl. D. 1, 12, 1 § 7 und 26, 1, 9: nummis datis tutelam occupare.

[3]) Zum incumbere, bis jetzt in dieser Stelle von jenen, die dieses Wort behandelt haben (Beseler, Riccobono) unbeanstandet, vgl. Berger, Krit. Vierteljahrsschr. 3 F. XIV (1912) S. 428. — Unzulänglich Beseler, Beitr. III (1913) 61, 101/2.

[4]) Vgl. D. 1, 12, 1 § 7: graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia (darauf weist zutreffend Solazzi selbst hin) und D. 26, 10, 1 § 8.

Solazzi folgert nämlich diesen Grundsatz aus D. h. t. 4 § 4, die, wie wir oben S. 66 gezeigt haben, anders zu deuten ist. (Vgl. noch unten Abs. IX.)

Schließlich gehört hierher noch D. 38, 17, 2 § 41:

> Ulpian l. 13 ad Sab.: sed quod diximus 'reiecti' utrum sic accipimus 'a praetore non dati' et si suspecti fuerint remoti vel ob neglegentiam vel ignaviam repulsi? etiam hos quis reiectos recte dicet. ergo et si latitent? sed longum est: nam nec hoc ei imputetur, cur suspectos non fecit: alioquin et si latitarent, potuit edicto desiderare, ut eos praetor adesse iuberet et suspectos eos removet, si deessent.[1])

Solazzi (S. 260 bei A. 1) sieht wegen der Unklarheiten des Schlußsatzes die Möglichkeit einer Interpolation, die er dann vermutungsweise (A. 1 daselbst) andeutet, indem er die Worte 'suspectos eos' verschwinden läßt. Der Hinweis auf unsere bisherigen Ausführungen genügt, um diese Annahme als abgelehnt hinzustellen. Es liegt aber auch kein Grund vor, den Schlußsatz überhaupt zu verdächtigen, denn mit der Korrektur des Florentinatextes: removeret[2]) für removet ist eine Heilung der Stelle angebahnt. Zu deren Vollständigkeit ist aber noch m. E. das Wort 'edicto' umzustellen, denn wie D. 26, 10, 7 § 3[3]) zeigt, gehört 'edicto' zu 'iuberet' und nicht zu desiderare. Für den imputatur-Satz vgl. D. 26, 6, 4 § 4.[4]) Die so geheilte Stelle stimmt mit klassischem Recht völlig überein. Es ist nur noch einem Einwand vorzubeugen, der von der Solazzischen Theorie ausgehen könnte. Ist denn nicht im ersten Satze eine Scheidung zwischen den

---

[1]) Von Taubenschlag wird die Stelle nicht verdächtigt, vgl. S. 34 A. 29, 37 A. 43 und besonders S. 39 A. 50 (daselbst richtig: 'die Stelle steht auf dem Standpunkt des klassischen Rechts'). — Hingegen lautet Beselers Urteil (Beitr. III, 122): 'wohl ganz oder großenteils unecht'.

[2]) So auch in der Vulgata, vgl. ed. Dig. Gebauer-Spangenberg, die Kantorowicz jüngst wieder zu Ehren brachte (Sav.-Ztschr. 31, 1910, S. 82).

[3]) Edicto evocari.

[4]) Dagegen ist die Korrektur Mommsens 'inicum?' für longum überflüssig. Über longum im Sinne 'unnütz, überflüssig' vgl. Heumann-Seckel [9] s. h. v. unter 4.



als suspekt remoti und den wegen Fahrlässigkeit oder Trägheit Abgesetzten angedeutet? Durchaus nicht. Denn das 'suspecti' kann ohne weiteres zu repulsi herübergenommen werden. Sonst müßte das 'si' nach dem ersten 'vel' wiederholt werden. Daß es aber auch bezogen werden muß, beweist der Umstand, daß die wenigen Quellenstellen, wo von repellere eines Tutor die Rede ist, eine suspecti remotio voraussetzen, vgl. D. 26, 2, 17 § 1 (v. si iam multa flagitia in tutela admisit); 26, 10, 3 § 4 (suspectus repelli, vgl. zu dieser Stelle unten S. 86).[1])

Von D. 27, 2, 6, das in diesen Zusammenhang gehört, war schon vorher (S. 56) die Rede.

IX. Es wurde bereits (oben S. 67) hervorgehoben, daß Solazzi aus der l. 4 § 4 D. h. t. (qui nihil gesserunt) die Schlußfolgerung zieht, der Tutor könne nur dann als suspectus postuliert werden, wenn er die Führung der Geschäfte des Pupillen tatsächlich begonnen hatte. Auf dieser Basis wurde dann — unzutreffend, wie wir zu zeigen ver-

[1]) Die ungeschickte Anfügung des repulsi soll allerdings nicht unbemerkt bleiben. — Es ist auffallend, daß das 'repellere' eines suspekten Vormunds immer in nicht ganz einwandfreier Umgebung vorkommt. Wegen D. h. t. 3 § 4 vgl. unten S. 86, in D. 26, 2, 17 § 1 heißt es 'repelli et reici' a tutela. Ein Zeitwort hätte ausgereicht. Nicht unbeachtet soll auch bleiben, daß repelli dem griechischen ἐκβάλλεσθαι, das häufig für die Absetzung des Vormunds gebraucht wird (vgl. Theoph. Paraphr. Inst. 1, 26 pr. §§ 8. 9; Bas. 37, 10, 1. 4), besser entspricht als removeri (= ἀποκινεῖσθαι). Bei dieser Gelegenheit eine Notiz über die Terminologie. Für 'removere' werden noch folgende Ausdrücke gebraucht: amovere (D. h. t. 3 § 11); submovere (Ulp. Reg. 11, 23; C. 5, 43, 2, a. 215); reicere (D. 26, 2, 17 § 1; 26, 10, 3 § 12; 38, 17, 2 §§ 23 (= 26, 6, 2 § 2), 38, 39 im Zusammenhang mit § 41 eod.). — Die Auffassung Solazzis S. 267 bei A. 1, daß man tutor reiectus oder repulsus von einer remotio 'a non inita tutela' gebrauchte, dagegen einen tutor remotus den nach Antritt der Vormundschaftsführung abgesetzten Vormund nannte, ist nicht zutreffend.— Vom remotus heißt es oft abit (a) tutela, vgl. 26, 2, 11 § 2; 26, 4, 3 § 8; 26, 10, 3 § 18. 4 pr. Die Ausdrucksweise bezeichnet Solazzi S. 280 als *tecnica per indicare la remozione;* wie aber die beiden ersten Stellen zeigen, wird sie auch bei einer erfolgreichen excusatio angewandt. Zur ersten Stelle ist der vorhergehende § 1 eod. heranzuziehen. Wegen dieser Stellen (l. 11 § 1, 2 cit.) glaube ich nicht an die Richtigkeit der Vermutung Solazzis S. 280, daß in l. 26, 4, 3 § 8 die Worte vel excusatus interpoliert wären.



sucht haben — die Lehre aufgebaut, daß, wo eine Geschäftsführung überhaupt nicht angetreten wurde, die acc. susp. ausgeschlossen ist.[1]) Eine weitere Konsequenz dieser Lehre ist die gleichfalls abzulehnende Anschauung, daß für doloses Gebaren vor dem Antritt der gestio durch den Tutor eine accusatio suspecti nicht möglich ist. Bevor wir an die Prüfung des einschlägigen Materials herantreten, muß aber die Lehre Solazzis auf ihre logische Vereinbarkeit mit den hier aus den Quellen herausgearbeiteten leitenden Grundsätzen der accusatio suspecti untersucht werden. Mit dem Begriff suspectus ist es durchaus verträglich, daß jemand auch wegen seiner Vergangenheit als ungeeignet zur Übernahme der Vormundschaftsstellung erscheint. Erinnern wir uns noch an die Definition, deren Kern in dem moribus suspectus lag (D. h. t. 8, vgl. oben S. 60), so scheint es, daß man gerade auf Grund des bisherigen Lebenswandels sich als für eine Vormundschaft ungeeignet erweisen kann. Wenn wir dabei noch auf jene Erscheinung hinweisen, daß man — allerdings nur im besonderen Fall der contutores — mit Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse als suspekt postuliert werden kann, womit erst recht ein Grund in Betracht gezogen wird, der in der Regel vor dem Antritt der vormundschaftlichen gestio geltend zu machen ist, so ist die Auffassung Solazzis von vornherein stark erschüttert. Daß man wegen früherer Missetaten als ungeeignet für eine Vormundschaftsführung erscheint, ist so einfach und natürlich, daß man sich nur wundern muß, wie man gerade das Gegenteil in die Quellen hineinzwingen wollte; freilich ließ man sich dabei von einer Stelle (vgl. unten S. 80) beirren, um mehrere andere zu verdächtigen.

---

[1]) Vgl. auch Girard, Manuel[5] S. 215, der aus der durchaus richtigen Prämisse, daß das Verfahren gegen den Tutor suspectus vornehmlich darauf gerichtet war, den Tutor von der Geschäftsführung zu beseitigen, folgern will, daß es eben deshalb ursprünglich zu dem Zwecke diente, einen Vormund, der bereits die Geschäftsführung angetreten, abzuschieben. Diese Schlußfolgerung ist aber nicht zwingend, weil es doch auch darauf ankommen kann, einen verdächtigen Tutor nicht einmal zum Antritt der Geschäftsführung zuzulassen.



Als erste sei für die Frage die Stelle Inst. 1, 26, 5 angeführt:

> Suspectus est autem qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut et Iulianus quoque scripsit. sed et ante, quam incipiat gerere tutelam tutor, posse cum quasi suspectum removeri idem Iulianus scripsit et secundum eum constitutum est.

Es wurde bereits oben S. 48 darauf hingewiesen, daß mit diesem Paragraphen jener Teil unseres Institutionentitels beginnt, in dem eine andere — zitatenreiche — Quelle benutzt wurde, als der fertige Digestentitel 26, 10. Bis auf die drei Worte 'licet solvendo est', die man mit Rücksicht auf den allgemein als Interpolationsmerkmal geltenden Indikativ bei licet als Einschiebsel bezeichnen darf, klingt alles glatt und klar. Es wäre auch nicht einzusehen, warum die Berufung auf Julian und die seiner Ansicht folgende Konstitution eine Unwahrheit sein sollte. Die Stelle wird von Taubenschlag richtig in dem Sinne gedeutet (S. 37), daß Julian hier die Absetzung auch für den Fall zuläßt, wo der Vormund noch überhaupt nicht angefangen hatte, die Vormundschaft zu führen. Allerdings beschränkt Taubenschlag dies nur auf die Absetzung, wogegen nach unserer Auffassung auch eine zur Absetzung führende accusatio zulässig war. Das bestätigt glatt C. 5, 43, 3, für die wir Taubenschlags Interpolationsannahme abgelehnt haben (vgl. oben S. 73). Angefochten wird aber die Institutionenstelle von Solazzi, der zwar die remotio gelten lassen will, jedoch ohne die Qualität quasi suspectum, die er als hineininterpoliert betrachtet. Diese Interpolationsannahme gehört zu jenen, die durch den einfachen Hinweis, daß es keine schlichte remotio gab, erledigt erscheinen. Solazzi verweist aber auf den Widerspruch zwischen dieser Stelle und D. h. t. 3 § 5, wo von einem postulare suspectum die Rede ist, und dieser Widerspruch, der für beide Gelehrten[1]) eine Bekräftigung der Scheidung zwi-

[1]) Der zweite Teil der l. 3 § 5 cit. blieb von Taubenschlag unberücksichtigt.

schen Gründen der accusatio und remotio[1]) bedeutet, wächst bei unserer Auffassung, die aus denselben Gründen, aus denen eine remotio zulässig ist, auch die accusatio als statthaft erklärt, zu einem scharfen Gegensatz. Dieser bedingt ein tieferes Eindringen in den Sinn und die Sprache der Stelle.

> D. h. t. 3 § 5 (Ulpian l. 35 ad ed.)[2]): . . . et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est aut sordide egit vel perniciose pupillo vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus iam tutor. quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela, non potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam praecessit. proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset, accusari debet expilatae hereditatis crimine, si minus, furti.

Im ersten Teil der Stelle wird erfreulicherweise von beiden Gelehrten, Taubenschlag S. 33, Solazzi S. 260 bei A. 4, dieselbe Einklammerung vorgenommen und zwar erstes 'aut' und si forte — iam tutor. Zu den trefflichen Ausführungen ist hier nichts hinzuzufügen. Aber auch das Weitere ist durch sprachliche Unfeinheiten so stark belastet, daß wir den aus der Stelle gegen unsere Theorie herauswachsenden Widerspruch nicht zu hoch anzuschätzen brauchen. Ein erfreulicher Umstand ist es, daß wir, bevor wir selbst an dem Text Kritik üben werden, auf einige triftige Argumente hinweisen können, die vom Vertreter einer von uns bekämpften Auffassung gegen die Reinheit des zitierten Fragments angeführt werden. Bei einer anderen Gelegenheit weist nämlich Solazzi S. 162[2. 3], den Text nur vorübergehend streifend, mit erfreulichem Scharfsinn, der sein ganzes Buch kennzeichnet, auf einige krasse Mängel hin, die dem Text anhaften: 'vel in tutela *è spurio*', ich zögere keinen Augenblick, es mit einem bei Solazzi beliebten Ausdruck als

[1]) Für Solazzi in bezug auf die schlichte remotio.

[2]) Für den Anfang der Stelle vgl. oben S. 51 bei N. 6.



entsetzlich zu bezeichnen; auch den Schluß von proinde an bezeichnet Solazzi als umgearbeitet. Wir haben dazu noch folgendes hinzuzufügen; quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam schreibt nur ein Byzantiner, ein Klassiker schreibt quod si quid admisit, antequam usw. 'Tamen admisit' schiebt man aber nicht ein, um einen glatten Text zu verschönern, diese Worte können sich eben nur dort vorfinden, wo der ganze Satz aus einer Feder stammt, die auch schon durch das 'quid admisit' genügend gekennzeichnet wird: diese euphemistischen Worte sollen die bösen nachher als delicta qualifizierten Vergehen mildern. Quia delictum tutelam praecessit konnte nur derjenige geschrieben haben, der die Worte iam tutor an das Ende des Vordersatzes so häßlich angeknüpft hatte. Diese Bemerkungen genügen, um den quod si-Satz als 'suspectus' zu postulieren und ihn 'quasi suspectum removere'.[1]) Und nun noch eine Erwägung: scheint es überhaupt denkbar, die Klassiker hätten eine postulatio suspecti gegen eine Person verweigert, gegen die, wie der Schlußsatz zeigt, ein crimen expilatae hereditatis oder eine actio furti anzustrengen war?

Eine weitere Stelle, die hier Beachtung verdient, ist

> D. h. t. 3 § 12 (Ulpian l. 35 ad ed.): si tutor inimicus pupillo parentibusve eius sit et generaliter si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reicere eum debebit.

Es handelt sich hier um den Fall, wo zwischen dem Tutor und dem Pupillen bzw. seinen Angehörigen Feindseligkeiten obwalten. Daß ein solcher Tutor als ungeeignet erscheint, unterliegt keinem Zweifel; er ist daher zu removieren. Den Satz et generaliter — versari betrachte ich für interpoliert[2]); es ist einer jener generalisierenden Sätze

---

[1]) Zu quod si, das schon Faber mit Verdacht belegte (vgl. de Medio, Bull. XIII 238) vgl. Albertario, Contributi alla critica del Digesto 1911, S. 19 (*'frequentemente compilatorio'*); Derselbe, Rend. Ist. Lomb. S. II Vol. 45 (1912) S. 473 (*indica una maniera preferita dai compilatori per combinare le loro aggiunte col discorso dei giureconsulti*). Aber große Vorsicht, die nicht genug anempfohlen werden kann, ist hier geboten!

[2]) Nur das Wort praetor ist daraus als Subjekt zu debebit zu entnehmen.

Tribonians, deren wir schon eine ganze Reihe kennen. Was Taubenschlag, der einer solchen Annahme vorbeugen will, dagegen anführt (S. 39 A. 51)[1]), ist ohne Belang, weil in l. 3 D. h. t. überhaupt keine Aufzählung bestimmter Fälle vorliegt; es wird nur dem Magistrat eine Richtschnur gegeben, nach der das Wesen des 'suspectus' zu beurteilen ist. Gewiß ist der Satz an sich für das klassische Recht annehmbar, weil ja die Beurteilung der Gründe, aus welchen jemand als suspectus zu bezeichnen ist, der freien Würdigung der Tatsachen durch den Magistrat überlassen ist. Bei einem non ex fide tutelam gerere kann von einer Aufzählung nicht die Rede sein, ebensowenig, wie eine Aufzählung der Fälle, wann jemand moribus suspectus ist, möglich ist. Aber daß in l. 3 § 12 cit. der generaliter-Satz interpoliert ist, beweist der Umstand, daß die generelle Formulierung nicht ex professo vorgetragen wird, sondern ungeschickt an einen ganz besonderen Fall (tutor inimicus) angeknüpft wird, dann der häßliche Subjektswechsel (tutor sit, causa moverit, debeat [sc. tutor], debebit [sc. praetor]), wobei bei den zwei letzten Zeitwörtern die Subjekte — die noch dazu verschieden sind — fehlen und schließlich der Moduswechsel (sit — moverit[2])). Der Indizien genug, um den Satz als nicht der Feder Ulpians entstammend einzuklammern.

Für die hier behandelte Frage ist aber dieses Fragment insofern von Wichtigkeit, als hier der Grund der Absetzung des Vormunds auf Umstände zurückgeführt wird, die in der Regel auf die vor dem Vormundschaftsantritt liegende Zeit zurückgehen.[3])

Hierher gehört ferner

---

[1]) 'Man könnte versucht sein, die Echtheit des generaliter-Satzes anzufechten. Doch wäre dies gewiß verfehlt. Denn es wird die Möglichkeit einer Absetzung auch in Fällen erwogen, die in der Aufzählung Ulpians nicht erhalten sind, vgl. D. 26, 2, 29.'

[2]) Das ist eher ein Fut. exactum, vgl. debebit.

[3]) Solazzi hat sich mit der Stelle nicht näher befaßt; sie wird von ihm nur S. 265, wo sie m. E. gerade das Gegenteil von dem belegt, als wofür sie Solazzi zitiert, und S. 259[3] angeführt, aber hier in einem Zusammenhang, der nicht leicht zu erkennen ist.

C. 5, 43, 2 (a. 215): curatores quidem suo periculo quanto tardius ad eos tutela transfertur, cessant. quod si id fraude factum existimas, suspectos eos postula: qui si submoveri meruerint, in locum eorum alios accipies.

Hier wird der Tutor[1]) wegen frauduloser Hinausschiebung der Übernahme der Vormundschaftsführung als der suspecti postulatio ausgeliefert hingestellt. Zweifellos richtig. Solazzi glaubt zwar nicht an Echtheit der zweiten Hälfte des Fragments, weil er hier nur die remotio gelten lassen will, nicht aber die postulatio suspecti. Daß diese Anschauung den Quellen nicht gerecht wird, wurde bereits gezeigt.[2]) — Zum periculo suo cessare der Vormünder vgl. Fr. Vat. 155, D. 26, 7, 1 pr. § 1. Die Konstitution Caracallas scheint eine Erweiterung der in l. 1, § 1 cit. erwähnten Const. Marci zu sein.

Endlich ist hier noch auf D. h. t. 3 § 8 zu verweisen:

Ulpian l. 35 ad ed.: si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus sit ab alia administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit? ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est idem dici potest.

Die Stelle behandelt eingehend nur Solazzi S. 163, Taubenschlag läßt sie unberührt (S. 39). Daß sie nicht so hinzunehmen ist, wie sie dasteht, sieht man auf den ersten Blick. Wo ist die Beantwortung der im Vordersatz aufgeworfenen Frage? Das ungeschickte ergo läßt den Torso erst recht erkennbar hervortreten. 'Quia tutelae cessat' ist im Munde eines Klassikers unmöglich. Stammen aber diese Worte vom Kompilator, so verraten sie, daß das umfangreiche Stück von § 5 i. f. eod. (vgl. oben S. 80), wo der Gedanke vom cessare der accus. suspecti, weil eine andere Klage statthaft ist, eingeführt wird, bis § 11 eod. auf diesen Gedanken hin verarbeitet wurde. Man

---

1) Vgl. Solazzi S. 166.

2) Nicht aus denselben, aber aus sehr ähnlichen Gründen klammert Taubenschlag S. 38 A. 49 den Satz quod si bis ans Ende ein.

braucht nur § 6 zu lesen[1]) und das Verhältnis der darin gestellten Frage zu der darauf gegebenen Antwort zu prüfen, um den ganzen Nachsatz als unbrauchbar auszuschalten. Dasselbe ist über Frage und Antwort in § 7 zu sagen. Der Fall mehrerer Tutores (in § 6 cit. curatores) ist aber erst in diesen verdächtigen Antworten hineingetragen worden. Daher wird der Verdacht, daß der einleitende Satz in § 8 cit. (si autem ipse (!) tutor est solus) eine vom Kompilator erfundene Prämisse sei, nicht von der Hand zu weisen sein. 'Numquid' hat schon bei Faber[2]) Verdacht erregt; quia tutelae cessat, ist wiederum jener schiefe Gedanke aus § 5 i. f. und folgenden. Denn was hat die a° tutelae mit der accusatio suspecti gemein? Jene bezieht sich auf eine bereits geführte Tutel, bei dieser handelt es sich aber darum, einen rechtzeitig zu beseitigen, damit er zur Führung einer Tutel nicht zugelassen werde bzw. von einer bereits angetretenen Vormundschaftsführung abgesetzt werde. Ziel und Wirkung sind grundverschieden und eine Annäherung ist vielleicht nur darin zu suchen, daß, wer aus einem iudicium tutelae wegen einer früheren Vormundschaft als infam herauskam, für eine spätere als suspekt gelten kann. Dies war vielleicht auch der Gedanke, der in der echten l. 3 § 8 cit. stand, aber beweisen läßt sich dies nicht, nachdem, wie wir gesehen haben, hier ein größeres Stück[3]) ungeschickt und unklar verarbeitet wurde, so

[1]) Wertvolles bei Solazzi S. 163, doch sind seine Ausführungen nicht erschöpfend.

[2]) Vgl. de Medio, Bull. XIII 238.

[3]) Man beachte nur, wie das ganze lange Stück mit Fragen und Antworten operiert. Die Hand des Verarbeiters wird dadurch unverkennbar. — Auch die Antworten in §§ 9, 10, 11 sind mehr als verdächtig. Man lese nur das wunderschöne Latein in § 9: et magis est, ut postulari possit, quasi una tutela sit habens intervalla. Auf die Echtheit der Antwort in § 10 wird wohl niemand schwören. Und § 11 ist schon mit Recht von Solazzi S. 162 kräftig angegriffen worden. Wir fügen hinzu: die Distinktion des Schlußsatzes ist sicher kompilatorisch: da der Vordersatz von einem Alleintutor spricht, so ist die erste Alternative si quidem habet contutores (wohl zu merken: wieder die contutores, die in den verdächtigen Antworten der §§ 6 und 7 auftraten) als eine von fremder Hand eingeschobene Zutat gekennzeichnet, zu der auch die für diese

daß der Versuch einer Rekonstruktion, die nie ganz einwandfrei ausfallen kann, gar nicht verlockend ist. Vielleicht ist es damit zu erklären, daß die jüngsten Bearbeiter der Lehre vom tutor suspectus dieses ganze Stück übergangen haben, ohne ihren Scharfblick an ihm walten zu lassen. Taubenschlag zog diese Stellen überhaupt nicht in den Kreis seiner Untersuchungen, und Solazzi streifte sie nur insoweit sie in die von ihm untersuchte Lehre vom curator suspectus hineinspielten. Ein leitender Gedanke für die Einwirkung der vor der Tutel begangenen Taten auf die Qualifikation und Remotion als suspectus ist aus diesem verunstalteten Stück (l. 3 §§ 5 ff.) nicht herauszubringen, und es wird uns daher nicht wundernehmen, wenn der Institutionenredaktor, als er auf diese Stellen stieß, die ganze lange Betrachtung einfach wegschnitt, weil er sie für ein Lehrbuch unbrauchbar fand und vielmehr vorzog, zu einer klassischen Vorlage zu greifen, um daraus den § 5 J. 1, 26 aufzunehmen.

X. Wir haben vorher, als für das klassische Recht bindend, folgenden Grundsatz angenommen, daß, wo eine remotio (nach unserer Auffassung nur eine remotio suspecti) als statthaft ausgesprochen wird, dort auch eine accusatio suspecti zulässig ist. Eine andere Frage ist es, ob nur als Folge einer accusatio suspecti die Absetzung erfolgen konnte, d. h. ob der Grundsatz: keine remotio ohne accusatio verbindlich war. Taubenschlag hat diese Frage zum Brennpunkt seiner Untersuchungen gemacht und hat als Ergebnis — dessen historische Entwicklung uns nicht überzeugen konnte[1]) — den Grundsatz formuliert, daß eine remotio ohne accusatio möglich war und zwar sowohl bei doloser als auch kulposer gestio seitens des Tutors.[2]) Nun stützt sich aber dieses Resultat

Alternative gefällte Antwort gehört. Quia conveniri potest ist wiederum jener schiefe Gedanke, von dem oben im Texte die Rede war. Die fremde Hand verrät sich auch durch das poterit postulari gegen potest amoveri. Nach der Bedeutung des suspectus zu urteilen, kann m. E. kein Zweifel darüber bestehen, wie die Antwort im klassischen Recht lautete.

[1]) Vgl. oben S. 41.

[2]) Nicht so Solazzi, der für jede der beiden Remotionsarten eine

lediglich auf Stellen, die nur von einem removere sprechen und das postulare verschweigen, wie D. h. t. 3 §§ 8, 12, 13, 14, 16.[1]) 7 §§ 1, 3. J. 1, 26, 5. C. 5, 42, 2. Daß diese Stütze sehr gebrechlich ist, haben unsere vorhergehenden Ausführungen zur Genüge gezeigt. Da auf jede erfolgreiche accusatio eine remotio folgt, so ist es rein logisch, daß eine Stelle, die vom removere spricht, nicht deshalb die accusatio ausschließt. Alle diese Stellen beweisen daher nichts für diese Frage, und ebensowenig auch die l. D. h. t. 4 § 4, von der bereits oben S. 66 die Rede war.[2])

Sehr wichtig ist aber D. h. t. 3 § 4:

> Ulpian l. 35 ad ed.: praeterea videndum an et sine accusatione possit suspectus repelli. et magis est ut repelli debeat, si praetori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse: quod favore pupillorum accipiendum est.

Der et-magis-Satz wurde bereits mit Recht von H. Krüger, dem P. Krüger in seinen letzten Digestenausgaben (11. 12.) folgte, als interpoliert verzeichnet. Zustimmend Taubenschlag S. 43 A. 63 und Solazzi S. 161 bei A. 4 und S. 300. Doch gegen die Verwertung dieser Interpolation durch Taubenschlag S. 43/4 muß Widerspruch erhoben werden. Taubenschlag findet nämlich diese Interpolation erst recht verständlich, wenn man ihr die von ihm S. 43 geschilderte Tendenz der Kompilatoren zugrundelegt. Nun wird diese Tendenz folgendermaßen gekennzeichnet: 'ging die Entwicklung des klassischen römischen Rechts in der Richtung, die Absetzung von Amts wegen[3]) auf Kosten der accusatio auszudehnen, so war das justinianische Recht darauf bedacht, die Absetzung von Amts wegen auf Kosten (sic!) der accusatio

postulatio fordert, obgleich er auch für die 'schlichte' remotio '*altre vie*' zuläßt, wie wir in dem Zitat oben S. 4 gelesen haben.

[1]) Der auf S. 39 bei Taubenschlag zitierte Text dieser Stelle beruht auf den Angaben Glücks, Komm. 31, S. 53. Die Florentina spricht vom repertorium nicht, und der Satz 'qui repertorium non fecerunt' verträgt sich kaum mit dem Folgenden. Vgl. Mommsens ed. maior.

[2]) Damit wird aber auch die Schilderung des justinianischen Rechts bei Taubenschlag S. 43 getroffen.

[3]) Gemeint ist damit die remotio ohne vorhergehende accusatio.

einzuschränken'.[1]) Daß im Nachsatz für 'auf Kosten' 'zugunsten' zu lesen ist, ist klar. Ebenso klar ist es auch, daß man, wenn man den vorgehenden Ausführungen folgt, obige Tendenz der Kompilatoren und ihre Neigung, 'die Absetzung in der accusatio völlig aufgehen zu lassen und die selbständige Entwicklung, die die Remotion im klassischen Recht genommen hat, zu verwischen'[2]), als völlig unbewiesen betrachten wird. Vollends unverständlich ist es aber, wie die l. 3 § 4 cit. mit obiger 'Tendenz' zusammenzubringen und auf ihrer Grundlage zu erklären sei. Denn gerade das Gegenteil wird jeder unbefangene Leser aus der Stelle folgern, da doch dem Prätor glatt die Befugnis zugesprochen wird, den Vormund abzuschieben, sobald nur die ihn als suspectus erscheinen lassenden Tatsachen bewiesen sind.[3]) Freilich deutet Taubenschlag die Stelle so, daß hier 'die Absetzung von Amts wegen nur auf die dringendsten Fälle beschränkt wird' — aber die 'apertissima argumenta' haben doch mit den 'dringendsten Fällen' nichts zu tun! — Ich verwerte die Stelle vielmehr folgendermaßen: ist der et-magis-Satz Kompilatorenwerk — seine Echtheit wird wohl heute niemand verteidigen wollen —, so hat diese Interpolation zu bedeuten, daß der Grundsatz neu ist und entweder eine entgegengesetzte Entscheidung der klassischen Vorlage ablöste oder überhaupt erst von den Kompilatoren samt der Frage[4]) eingeführt wurde. Danach wäre aber für das klassische Recht folgendes Ergebnis zu formulieren:

---

[1]) Wie ich mich zum folgenden Satz: 'von diesem Standpunkte aus ist die Interpolation in C. 5, 43, 2 und C. 5, 43, 3, wo an Stelle der Absetzung von Amts wegen das Akkusationsverfahren eingesetzt wurde, zu erklären' stelle, ist aus den vorhergehenden Betrachtungen zu den genannten Kodexstellen (oben S. 83, 73) zu entnehmen.

[2]) Taubenschlag a. O.

[3]) Die 'apertissima argumenta' sind den ebenfalls interpolierten 'apertissimae probationes' in D. 4, 2, 23 pr. und D. 28, 5, 63, 1 gleichwertig.

[4]) Ob die Fragenformulierung selbst echt ist, läßt sich m. E. mit Sicherheit nicht behaupten. Für 'praeterea' ist im Vorangehenden keine Erklärung zu finden. Für videndum wäre dann das nachfolgende videamus (§ 5 eod.) vorbildlich gewesen.

keine remotio ohne accusatio. Um also einen Vormund removieren zu können, mußte der Prätor eine accusatio abwarten. Dieses Ergebnis könnte zweifelhaft scheinen, wenn man in Erwägung zieht, daß der praetor auch ohne formelles Verfahren mit accusatio zur Kenntnis solcher Umstände gelangen konnte, die den Vormund als unwürdig zur Führung der Vormundschaft erscheinen lassen. Dieser Einwand kann aber leicht entkräftet werden, wenn an ein anderartiges Eingreifen des Prätors erinnert wird, vgl.

> D. h. t. 4 § 3 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): si praetor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est magis esse, ut et hic desinat tutor esse.

Der Prätor hatte also die Möglichkeit, ein Verbot der Vormundschaftsführung zu erlassen. Gegen den magis-Satz kann man zwar Verdacht erheben[1]), doch steckt in dem gerere prohibuit ein richtiger Kern und man dürfte wohl nicht fehlgehen, wenn man darin ein Verbot sieht, das der praetor erließ, wenn noch keine accusatio vorlag oder eine solche bereits angestellt wurde, das Akkusationsverfahren sich jedoch zu lange hinauszog und inzwischen die weitere Führung der Geschäfte des Pupillen durch den als suspekt postulierten Tutor Gefahr für den Pupillen bedeutete. Vgl. Inst. 1, 26, 7 und Cod. 5, 43, 7 (a. 240).

Der Satz, keine remotio ohne accusatio, ist mit der hier vertretenen Auffassung des Verhältnisses dieser beiden Begriffe gut vereinbar. Aus der remotio kommt man als suspectus heraus und da muß dem dadurch gefährdeten Tutor die Möglichkeit geboten werden, sich gegen die gegen ihn vorgebrachten Beschuldigungen zu verteidigen, um so mehr, als die Remotion unter Umständen zur Infamie führen kann. Diese Möglichkeit ist in einem kontradiktorischen Verfahren, als welches wir das Akkusationsverfahren aufzufassen haben, dem Tutor in größerem Umfange geboten, als in einem rein administrativen Verfahren: steht er doch dort einem Privatankläger und

---

[1]) Richtig Taubenschlag S. 42. — Vgl. noch den Korrektur-Nachtrag unten S. 93.



nicht wie hier einem Magistrat gegenüber. Und so ist es durchaus erklärlich, daß geradeso wie zugunsten des Pupillen der Satz aufgestellt wurde, daß jedermann mit der accusatio auftreten kann, andererseits zugunsten des Tutor das klassische Recht die Regel festsetzte, daß er nur auf Grund einer erfolgreich durchgeführten accusatio als suspectus abgesetzt werden kann.

XI. Auf Grund obiger Darstellung der klassischen Lehre vom Tutor suspectus können, wir noch zu einigen Interpolationsannahmen Stellung nehmen.

D. 27, 1, 35; vgl. Solazzi S. 266f. Trefflich wird hier das Emblema 'sed hoc non quaerendum est, sed contumacia punienda eius qui quodammodo[1]) se excusavit' nachgewiesen. Was jedoch gegen den Schlußsatz (multo magis quis dicere debebit indignum iudicio patris qui ut suspectus remotus est a tutela) ins Treffen geführt wird, ist zum großen Teil unzutreffend. Das 'ut suspectus' wird selbstverständlich angefochten[2]), zu Unrecht, wie gewöhnlich. Die Worte multo — debebit werden mit Recht mit Verdacht belegt, und es ist erklärlich, daß die Kompilatoren, nachdem sie den vorgergehenden Satz einschmuggelten, auch daraufhin den Eingang des Schlußsatzes entsprechend verarbeiteten. Aber der Satz selbst, daß der remotus a tutela das vom Vater des Pupillen ihm ausgesetzte Legat verliert, weil er keine Vormundschaft führt, ist so einfach und billig, daß man daran keinen Anstoß nehmen kann. Die Schlußworte — von indignum bis ans Ende — mit einem entsprechenden Zeitwort — etwa sed[3]) dicendum est — sind daher als echt zu betrachten.[4])

C. 5, 52, 2 § 1 (a. 284): in divisionem autem administratione deducta sive a praeside sive a testatoris

[1]) Zu quodammodo vgl. neuestens Berger, Streifzüge durch das römische Sklavenrecht, Philologus 73 (1914), S. 71[28, 29].

[2]) '*Dovrebbe ad ogni modo* (sic!) *espellersi.*'

[3]) Ein 'sed' ist notwendig, weil der vorhergehende Satz vom Juristen wohl in negativem Sinne erledigt wurde.

[4]) Ein Teil der Ausführungen Solazzis (S. 267 bei A. 1) wurde bereits früher abgelehnt, vgl. oben S. 77[1].



voluntate unumquemque pro sua administratione convenire potest (sc. adulescens) periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt.

Die Stelle wird von Solazzi S. 96 f. sehr scharfsinnig behandelt. Er streicht die beiden ersten Alternativen des nisi-Satzes und faßt die letzte negativ (nisi suspicionis causam non agendo rel.). Doch vielleicht liegt die Sache nicht so schlimm. In dem Satz nisi — removerunt ist das letzte Wort anstößig, wie Solazzi mit Recht betont, weil nicht die Mitvormünder die remotio anordnen, sondern die Richter. Es sei noch hinzugefügt, daß das 'removerunt' bei dem gleich folgenden 'moverunt' nicht sehr schön klingt. Aber auch nur dieses einzige Wort ist dort bedenklich, und durch die sicher nicht allzu kühne Konjektur remo(vendum postula)verunt ist das Bedenkliche beseitigt. Aber man wird auch mit dem 'removerunt' allein auskommen können, da dieses Wort in demselben Sinne (= removendum postulare) noch in C. 5, 43, 6 (Gordian) vorkommt. Behält man den Satz als echt bei, so ist er mit unserer These, daß man nur als suspectus removiert wird, völlig übereinstimmend. Daß 'per dolum aut culpam' zu suspectum gehört, wie Solazzi annimmt, ist durchaus nicht zwingend, es gehört vielmehr zu den Zeitwörtern removerunt und moverunt.[1]) Zum Verständnis der Stelle sind, was Solazzi schon notierte, D. 26, 7, 46 § 6 und 46, 6, 12 heranzuziehen und diese erheischen erst recht, daß man obigen Satz zu retten versucht.

Paul. Sent. 3, 6, 15 gibt Solazzi Anlaß, die Regel, daß man nur als suspectus removiert werden kann, als bereits zur Zeit des Wisigothischen Paulus feststehend und nicht erst als justinianische Erfindung zu betrachten.

[1]) Vgl. Bas. 38, 14, 2 und die dazu gehörenden Scholien (Heimb. III 780).



Wird aber nicht damit die Wahrscheinlichkeit jener langen Reihe von Interpolationen, die Solazzi annimmt und gegen die wir hier ankämpften, erschüttert, da die Konsequenz, mit welcher jene Interpolationen angeblich durchgeführt wurden, nur dann erklärlich wäre, wenn es sich um einen von den Kompilatoren erfundenen Grundsatz gehandelt hätte? Mit unserer Auffassung ist aber die Stelle gut vereinbar. Sie gibt auch eine Grundlage zur Rekonstruktion der Stelle D. 48, 10, 18 § 1, in der vor der Verarbeitung durch die Kompilatoren nicht mehr und nicht weniger stand, als in Paul. 3, 6, 15.[1]) Und so steckt m. E. in dem Satz 'etsi suspectus esse praesumitur' ein echter Kern (suspectus), der in der kompilatorischen Bearbeitung mit dem praesumitur ausgestattet wurde, um einen Vordersatz für das nachfolgende tamen zu bilden. Damit wird auch unsere Stellungnahme zu den Ausführungen Solazzis S. 269 f. gekennzeichnet.

XII. Einige Schlußbetrachtungen seien hier noch gestattet. Zweck obiger Untersuchung, die aus der kritischen Prüfung der neusten Versuche auf dem Gebiete der Lehre vom tutor suspectus ausging und daher vorwiegend polemischer Natur ist, war es, nur die Grundzüge dieser Lehre in klassischer Zeit zu zeichnen. Es war durchaus nicht beabsichtigt worden, eine alle Detailfragen umfassende Gesamtdarstellung zu geben. In den hier nicht behandelten Details wird übrigens die Lösung keine weiteren Schwierigkeiten bereiten, insoweit sie von dem Standpunkt, den man in den Grundfragen einnimmt, abhängt und überhaupt auf Quellengrundlage möglich ist, da ja diese, für einzelne Fragen, wie z. B. das Verfahren, versagt. Ich hoffe gezeigt zu haben, daß die neusten Darstellungen einer sachlichen Kritik nicht standhalten und habe eine eigene Auffassung zu begründen versucht, die, wenn auch nicht erschütternd durch die Neuartigkeit der Ergebnisse und die Reichhaltigkeit der

[1]) Dies gegen Solazzi S. 270. — Zu beachten ist, daß Paulus im Gegensatz zu anderen Klassikern adfectare ad gebraucht (so auch Sent. cit.), vgl. Vocab. s. h. v. I, 202 l. 51 sqq.



Interpolationenvermutungen, den Quellen gerecht werden wollte ohne ihnen Gewalt anzutun. Diese kritische Studie wollte vielmehr zeigen, daß der Anteil Tribonians und Genossen in der Lehre vom tutor suspectus viel kleiner ist, als die beiden jüngsten Bearbeitungen dieser Lehre, insbesondere aber jene Solazzis, auf die es mir bei diesen Schlußbetrachtungen hauptsächlich ankommt, annehmen. Er beschränkt sich vielmehr lediglich auf Nebenfragen, und die nur gelegentlich und gewohnheitsmäßig geschehenen Eingriffe vermochten nicht, das klare und von strenger Logik und vorbildlicher Einfachheit beherrschte Bild des klassischen Rechts zu verwischen. Es ist auch nicht einzusehen, warum dieses einfache und klare Bild eine durch die Kompilatoren schärfer ausgearbeitete Schöpfung der nachklassischen Periode[1]) sein sollte und nicht schon ein Werk der Klassiker sein konnte. Gerade das, was Solazzi an seiner Stelle den Klassikern zuschiebt, die zwei postulationes[2]) und die zwei verschiedenen remotiones, ist gezwungener und komplizierter, abgesehen davon, daß von einer solchen Lehre keine Spur in den Quellen zu finden ist. Deshalb war diese Studie mehr auf Verteidigung einer Reihe von Stellen gegen unbegründete Verdächtigungen, als auf Anfechtung unangefochtener Stellen gerichtet. Sollten aber diese Ausführungen Zustimmung finden, so ist gezeigt, daß es verfehlt ist, in jedem Institut des justinianischen Rechts gleich von vornherein eine Umgestaltung des klassischen Rechts zu vermuten und daraufhin den Triboniani Interpolationen aufzudrängen, da es wohl auch manches Detail im großen Bau des klassischen Rechts gab, das so lebenskräftig geregelt war, daß es einer Übertünchung durch die Kompilatoren nicht bedurfte und auch nicht erlag. Deshalb muß auch die Vorstellung, von der manche neuste romanistische Untersuchungen auszugehen scheinen, daß der innere Wert lediglich nach der Masse der darin zum erstenmal entdeckten Interpolationen zu bemessen ist, aufgegeben werden.[3]) Besonders gefährlich ist es aber für den Fort-

[1]) Vgl. oben S. 90f. [2]) Vgl. oben S. 42f.

[3]) Vgl. meine früheren Bemerkungen zu dieser Frage in der Krit.

gang der romanistischen Forschung, wenn es zur Methode werden sollte, daß man auf einen bestimmten, von vornherein gefaßten Gedanken hin die Quellen bearbeitet und was zu dem Gedanken nicht paßt, als interpoliert bezeichnet. Man gelangt dadurch freilich zu einer Menge neuer Interpolationsentdeckungen, die mit großer Konsequenz[1]) vorgetragen, auf den ersten Blick plausibel und bestechend scheinen und gleich Anhänger finden können; in der Wahrheit fällt aber oft der schöne Bau bei kritischer Prüfung in Trümmer, da seine Fundamente spröde und gebrechlich sind. Ein Beispiel dieser Methode sahen wir an der Theorie Solazzis vom tutor suspectus. Erfreulicherweise bildet aber dieses Kapitel nur einen bescheidenen Teil des verdienstlichen und ergebnisreichen Werkes und der mißlungene Anhang gefährdet in keiner Weise seine Bedeutung für den Fortschritt der Lehre von der römischen cura minorum. Die Gefahr einer solchen Methode liegt aber darin, daß es wahrlich keine Schwierigkeit ist, mit ihrer Hilfe ganze Institute und Rechtssätze aus dem klassischen Recht verschwinden zu lassen: man braucht nur geschickte Einschnitte an den einschlägigen Stellen durchzuführen, und ich glaube mich keiner Übertreibung schuldig zu machen, wenn ich behaupte, daß auf diese Weise jeder Grundsatz, mag er auch zwanzigmal in den Quellen ausgesprochen worden sein, hinweginterpoliert werden kann, geschweige denn solche, die weniger häufig vertreten sind. Vor einer solchen Behandlung der Quellen kann daher nicht eindringlich genug gewarnt werden.

Korrektur-Nachtrag zu S. 88 bei N. 1 Die Interpolation des magis-Satzes scheint zweifellos Riccobono, der mich in einem anregenden Gespräch nach dem Studium dieses Aufsatzes darauf verweist, daß der kompilatorische Eingriff, der eine entgegengesetzte Entscheidung

---

Vierteljahrsschrift 1912, S. 444, mit denen ich nicht vereinzelt dazustehen glaube.

[1]) Freilich läßt man dabei noch einige Stellen heil zurück, die notwendigerweise auch interpoliert sein müßten, wenn die anderen Interpolationen richtig erkannt wurden — die Stellen sind eben unangreifbar, vgl. für unsere Lehre oben S. 49, 54, 58.

(non desinit esse tutor) und vielleicht auch die adiunctio eines curator dem mit dem gerere prohibere getroffenen Tutor verdrängte, von der Tendenz ausging, die die Umwandlung der klassischen Tutel in justinianischer Zeit beherrschte: sie wurde ein munus, das der magistratischen Gewalt gänzlich unterworfen war. So wurde auch das einfache gerere prohibere einer Absetzung gleichgestellt (desinit esse tutor), was nach klassischem Recht sicher nicht der Fall war, man denke etwa den Fall eines tutor legitimus.

III.

Fr. 63 D. 41, 1
(Zur Lehre vom Schatzerwerb).

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**
in Kiel.

Das Tryphoninfragment, dem ich im folgenden einen kritischen Kommentar widmen will, ist, soweit ich sehe, bisher von den Auslegern ziemlich wenig beachtet worden.[1]) Das ist auch durchaus begreiflich; denn rein sachlich betrachtet sind die Ausführungen unsrer Stelle ohne besonderes Interesse, die Rechtssätze, die hier vorgetragen werden, würden wir auch ohne Beleg aus den uns bekannten klassischen Prinzipien haben ableiten können. Für den Interpolationenforscher ist die Stelle gleichwohl interessant genug: sie gehört zu denen, die durch Glosseme und Interpolationen ganz besonders stark umgestaltet worden sind, und solche Stellen sind immer lehrreich. Ich glaube, daß es möglich ist, den echten Text des Tryphonin

[1]) Von älteren Arbeiten ist allein die Glosse lesenswert. Ohne Wert De Man, De Thesauro bei Oelrichs, Thes. Diss. Vol. 1 Tom. 2, 327ff. und Köchy, Civilist. Erörterungen 1 (1797) S. 228f. Von den Neueren hat Salkowski (Die Lehre vom Sklavenerwerb 1891 S. 4ff. und S. 120ff.) wenigstens die ersten drei Paragraphen einer etwas eingehenderen Erörterung gewürdigt. Nichts Auffälliges findet in der Stelle Czyhlarz bei Glück, Serie der Bücher 41, 42 1, 238.

wenigstens in der Hauptsache und dem Inhalte nach wiederherzustellen.

Ich lasse zunächst den überlieferten Text folgen und stelle ihm die Rekonstruktion gegenüber, die ich im folgenden wahrscheinlich machen will.

Tryphoninus libro septimo disputationum.

Überlieferung.	Rekonstruktion.
Si is qui in aliena potestate est thensaurum invenerit, in persona eius cui adquirit hoc erit dicendum, ut, si in alieno agro invenerit, partem ei adquirat, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit, si autem in alieno pars.	Si is qui in aliena potestate est thensaurum invenerit, hoc erit dicendum, ut, si in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit, si autem in alieno pars.
§ 1.	
Si communis servus in alieno invenerit, utrum pro dominii partibus an semper aequis adquiret? et simile est atque in hereditate vel legato vel quod ab aliis donatum servo traditur, quia et thensaurus donum fortunae creditur, scilicet ut pars, quae inventori cedit, ad socios, pro qua parte servi quisque dominus est, pertineat.	Si communis servus in alieno invenerit, simile est atque in hereditate vel legato, scilicet ut pars, quae inventori cedit, ad socios, pro qua parte servi quisque dominus est, pertineat.
§ 2.	
Si communis servus in domini unius fundo proprio invenit, de parte, quae soli domino semper cedit, non est dubium, quin solius domini praedii sit: verum an aliquid ex parte ferat alter socius, videndum est, et numquid	Si communis servus in domini unius fundo proprio invenit, de parte, quae soli domino semper cedit, non est dubium, quin solius domini praedii sit.

simile sit, atque cum stipulatur servus iussu unius domini aut per traditionem aliquid accipit vel nominatim alteri: quod magis dici poterit.

§ 3.

Quod si servus in quo usus fructus alienus est, invenerit in eius locum, qui servum proprium habet, an totum illius sit? et si in alieno, an partem eidem adquirat an vero fructuario? inspectio in illo est, num ex operis servi adquiratur. finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuari esse: quod vero subito in abdito loco positum nihil agens, sed aliter ambulans invenit, proprietatis domini sit. ego nec illius ad fructuarium pertinere partem arbitror. nemo enim servorum opera thensaurum quaerit nec eapropter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit. itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cuius in servo propietas est, pertinere.

Quod si servus, in quo usus fructus alienus est, invenerit in loco fructuarii, an totum illius sit? et si in alieno, an partem eidem adquirat? ego, si in alieno inverit, ad fructuarium non pertinere partem arbitror. nemo enim servorum opera thensaurum quaerit. itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cuius in servo proprietas est, pertinere.

§ 4.

Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi,

Quod si creditor in agro fiduciae dato invenerit, in suo videbitur invenisse: to-

partem debitori praestabit, nec recepta pecunia restituet, quod iure inventoris, non creditoris ex thensauro apud eum remansit.	tum itaque adquiret, sed recepta pecunia restituet, quod iure creditoris, non inventoris apud eum remansit.
quae cum ita sint, et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, intra constitutum luendi tempus pignoris causa vertitur: post transactum autem tempus thensaurum in eo inventum ante solutam pecuniam totum tenebit. oblato vero intra constitutum tempus debito, quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui.	quae cum ita sint, et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, thensaurum in eo inventum totum adquiret. oblato vero intra annum debito, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui.

Principium.

Inhaltlich ist das, was im pr. vorgetragen wird, durchaus klar und klassisch: der Gewaltunterworfene erwirbt auch beim Schatzfund für seinen Gewalthaber; findet er also auf dem Grundstück des Gewalthabers, so erwirbt er diesem den ganzen Schatz, sonst einen Teil (die Hälfte). Daß aber formell die Stelle nicht in Ordnung ist, sieht man auf den ersten Blick[1]): der Fall des Schatzfundes auf fremdem Grund und Boden ist ja doppelt behandelt, die

[1]) Die Vulgatdrucke des 15. und 16. Jahrhunderts weisen einen von der Florentina wesentlich abweichenden Text auf: Si is qui in aliena potestate est, thesaurum invenerit, an personae eius in cuius est potestate acquirit? hoc erit dicendum, ut si in alterius agro invenerit, partem ei acquirat, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit: sin autem in alieno, pars domino acquiratur. Es handelt sich offenbar um Bologneser Konjekturen; siehe auch Seite 98 Note 2.

eine Entscheidung dieses Falles muß also auf alle Fälle gestrichen werden, es frägt sich nur, ob die erste oder die zweite. Haloander, dem Mommsen folgt, wollte die zweite streichen, nämlich die Schlußworte „si autem in alieno pars", wohl deshalb, weil man damit in den Text verhältnismäßig wenig eingreift.[1]) Trotzdem ist diese naheliegende Vermutung m. E. falsch. Gerade die zweite Entscheidung ist tadellos stilisiert, „si autem in alieno pars" korrespondiert mit „illius totus sit". Dagegen ist die erste Entscheidung stilistisch ungemein ungeschickt: „partem ei adquirat": wem erwirbt er? aus dem Vorangehenden muß man ergänzen: „ei cui adquirit", wodurch herauskommt: er erwirbt dem, dem er erwirbt! Die Vulgaten haben diesen Unsinn offenbar erkannt und daher den Text radikal geändert.[2]). Diese erste Entscheidung ist also die anstößige und muß daher fallen. Sie ist eine Glosse zu dem Text „si autem in alieno pars", der dem Glossenschreiber zu kurz erschien und den er deshalb paraphrasierte.

Ein Glossem sind ferner wohl auch die Worte „in persona – adquirit". Sie sind überflüssig; aber auch schief; man kann sie nur übersetzen: „bezüglich der Person des Erwerbers ist folgendes zu sagen"; im folgenden wird aber gar nicht die Frage: wer erwirbt? behandelt, sondern vielmehr die Frage: was erwirbt der Gewalthaber? —

§ 1.

Der § 1 behandelt den Schatzfund des im Miteigentum stehenden Sklaven. Die Entscheidung ist, wie die des pr. gut klassisch: die Miteigentümer erwerben die dem

[1]) Auch die Basiliken haben entsprechend geändert; Bas. (50, 1) 59 (Heimb. 5, 45): Si servus meus aut filius thesaurum invenerit si quidem in alterius agro partem: si vero in meo totum mihi acquirit.

[2]) Siehe den Text S. 97 Note 2. Der Verfasser dieses Textes bezog offenbar den Schlußsatz „pars domino acquiratur" auf den Grundeigentümer (sonst hätte er ja domino vel patri sagen müssen) und beseitigte so die Duplizität der Entscheidungen. Die Glosse sucht umgekehrt dadurch zu helfen, daß sie die Worte „partem ei adquirat" auf den Grundeigentümer bezieht (Gl. Partem ei: in cuius agro invenit) und die Schlußworte „pars domino acquiratur" auf den Gewalthaber (Gl. Pars domino: vel patri quaeritur). Beide Auslegungen sind unannehmbar.

Finder zufallende Quote nach dem Verhältnis ihrer Eigentumsanteile. Aber auch hier lassen sich m. E. zwei Glosseme erkennen. Verdächtig ist zunächst die Fragestellung: „utrum pro dominii partibus an semper aequis adquiret?“ Bereits Salkowski meinte, „es könnte stutzig machen, daß der Jurist die Frage aufwerfe, ob etwa der Erwerb zu gleichen Teilen ohne Rücksicht auf die Miteigentumsanteile erfolge; denn es sei nicht einzusehen, wie der Jurist auch nur auf den Gedanken kommen könne, von dem Prinzip des Erwerbs nach Eigentumsanteilen abzuweichen und eine Verteilung zu gleichen Teilen überhaupt für diskutabel zu erachten“.[1]) Nach unsern heutigen Forschungsregeln ist dieses sachliche Bedenken gegen die Fragestellung ein Indiz für ihre Unechtheit. Stilistisch zu bemängeln ist, daß zu „adquiret“ das dringend erforderliche „dominis“ fehlt.

Noch deutlicher ist das zweite Glossem zu erkennen. Die Worte vel quod – creditur sind aus folgenden Gründen verdächtig: 1. Die Ellipse von „eo“ ist unschön: „in hereditate vel legato vel (eo) quod ... donatum servo traditur“; der Klassiker würde wohl einfach „donatione“ geschrieben haben. 2. Der unjuristische Gedanke, den Schatz deshalb mit der Schenkung gleich zu stellen, weil er ein donum fortunae ist, paßt in einen Rhetorenaufsatz, nicht aber in eine Juristenschrift. 3. Der quia - Satz begründet in unserer Überlieferung das gesamte Vorhergehende, also auch die These simile est atque in hereditate vel legato; es steht also da: der Schatzfund werde wie der Erwerb aus Erbeinsetzung und Legat behandelt, weil auch der Schatz ein donum fortunae sei. Natürlich ist das Unsinn; der Erbschafts- und Vermächtniserwerb ist sicherlich kein donum fortunae[2]); der quia - Satz soll sich nur auf die Parallele mit der Schenkung beziehen. Aber selbst wenn wir diese beschränkte Beziehung des Begründungssatzes subintellegieren wollten, bliebe doch

[1]) Salkowski 4.

[2]) Richtig schon Gl. Donum fortunae: sed certe legatum et hereditas non sunt omnimodo donum fortunae. Auch der Cod. Rhedigeranus hat das törichte „et“ gestrichen. (Gebauer-Spangenberg Note 71.)

der Text inkorrekt: „der Schatz wird wie die Schenkung behandelt, weil auch der Schatz ein donum fortunae ist"; auch dieser Satz ist sinnlos, denn die Schenkung ist kein donum fortunae; es müßte etwa dastehen: quia et thensaurus donum est scilicet fortunae. 4. Überhaupt ist aber die ganze Heranziehung der Schenkung sachlich verfehlt. Wenn man schon einmal den Erwerb des Sklaven durch Rechtsgeschäft erwähnt, so ist nicht einzusehen, warum gerade die Schenkung herausgehoben werden sollte: auch was der Sklave durch Kauf erwirbt, fällt den Sklaveneigentümern nach Verhältnis ihrer Anteile zu. Unser Text will offenbar sagen: der Schatzerwerb wird wie der Erwerb aus Erbschaft, Vermächtnis oder Schenkung behandelt, denn überall liegt ein unentgeltlicher Erwerb vor; doch diese Argumentation ist verfehlt, denn auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit kommt es bei der ganzen Frage überhaupt nicht an. Tryphonin hatte wohl mit gutem Bedacht nur den Erbschafts- und Vermächtniserwerb herangezogen und den Erwerb durch Rechtsgeschäfte des Sklaven ganz beiseite gelassen, er wollte anscheinend folgendes sagen: der Schatzfund des Sklaven fällt (zur Hälfte) stets den Miteigentümern pro parte zu, niemals einem der Miteigentümer allein; darin ähnelt der Schatzerwerb dem Erwerb aus einer Erbeinsetzung des gemeinschaftlichen Sklaven oder aus einem ihm ausgesetzten Vermächtnisse: auch hier fällt jedem Herrn stets nur eine Quote an. Den Erwerb durch Rechtsgeschäfte des Sklaven durfte der Jurist natürlich dann nicht erwähnen, denn hier fällt der Sklavenerwerb z. B. bei nominatio unius domini allein einem der Miteigentümer zu. Der Glossenschreiber verstand diesen feinen Gedanken Tryphonins nicht mehr, wie ja schon seine erste Glosse, die Frage „utrum pro dominii partibus an semper aequis adquiret?" zeigte: nach dem soeben bemerkten fragte sich Tryphonin, ob der Schatzfund den Miteigentümern stets nach Verhältnis ihrer Quoten zufalle, oder unter Umständen einem von ihnen ganz und allein. Bei so zahlreichen Unechtheitsindizien ist der kritische Satz nicht zu halten. —

§ 2.

Die Erörterung des Schatzerwerbes durch den gemeinschaftlichen Sklaven wird im § 2 fortgeführt: wie, wenn der Sklave auf dem Grundstück eines seiner Herren gefunden hat? Der Jurist meint, es sei selbstverständlich, daß der Grundeigentümer zunächst einmal die Hälfte als Grundeigentümer erhalte; was mit der andern Hälfte wird, braucht er nicht mehr zu erörtern, das ergibt sich ohne weiteres aus seiner Entscheidung im § 1: sie gehört den Eigentümern nach Verhältnis ihrer Anteile, der Grundstückseigentümer partizipiert daher auch noch an dieser andern Hälfte. Wiewohl sich aber die Entscheidung über die pars quae inventori cedit, schon aus dem § 1 ergibt, wird doch diese Frage noch einmal in der zweiten Hälfte des § 2 aufgenommen und überraschenderweise ganz anders entschieden, als man es nach den Ausführungen des § 1 erwarten möchte. Der Sinn des Schlusses des § 2 (verum an – poterit) kann nämlich kein anderer sein als der: findet der gemeinschaftliche Sklave auf dem Grundstücke eines seiner Herrn, so erhält der Grundeigentümer den ganzen Schatz allein, ebenso wie er aus Rechtsgeschäften des gemeinsamen Sklaven allein erwerben würde, wenn er den iussus zu dem Geschäfte erteilt oder der Sklave nominatim das Geschäft auf ihn gestellt hätte.[1]) So haben bereits die Byzantiner die Stelle verstanden.[2]) Schon die Glosse hat aber mit Recht an dieser sonderbaren Entscheidung Anstoß genommen[3]); sie widerspricht unsrer sonstigen Überlieferung, insbesondere dem auch von Gaius berichteten[4]) Ausspruch Julians:

---

[1]) So auch Salkowski 5

[2]) Bas. (50, 1) 59 (Heimb. l. c.) Quodsi in agro unius dominorum invenerit, domini agri erit, sicut si nomine eius stipulatus vel nactus quid fuerit.

[3]) Gl. Quod magis dici poterit: ut ei soli acquiratur secundum quosdam. Vel legas interrogative, ut postea dicas medietatem medietatis acquiri alteri, quod videtur habere rationem secundem Al(bericum). Vel dic, referri non ad proximum, sed superius „an aliquid etc.“ et est idem sensus.

[4]) D. (41, 1) 45.

D. (10, 3) 24pr.

Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit.

Warum von diesem Grundsatze beim Schatzfunde eine Ausnahme gemacht werden soll, ist ganz unverständlich. Bereits Salkowski nahm daher an, die Kompilatoren müßten vor oder nach dem Satze „quod magis dici poterit“ Ausführungen gestrichen haben, in denen der Jurist seine Entscheidung auf einen Fall einschränkte, in dem der Grundeigentümer dem Sklaven „diejenige Arbeit aufgetragen hatte, die zur Auffindung des Schatzes führte oder sie gar bezweckte.“[1]) Diese Vermutung ist indessen sehr unwahrscheinlich. Wenn der Grundeigentümer an einem Punkte seines Grundstücks einen Schatz vermutete, den Sklaven zum Graben veranlaßte, und nun der Schatz wirklich gefunden wurde, so wird man schwerlich noch von einem Funde des Sklaven reden dürfen; der Sklave ist hier unselbständiges Werkzeug des Eigentümers. Hatte der Eigentümer dem Sklaven aber nicht gerade das Schatzgraben aufgetragen, sondern irgend eine andere Arbeit, bei deren Ausführung der Schatz zufällig gefunden wurde, so bliebe die Parallele mit dem Erwerb iussu domini genau so unverständlich wie in allen andern Fällen, denn auf den Schatzerwerb richtete sich der iussus nicht. Vor allem aber spricht gegen Salkowski, daß das, was die Kompilatoren nach seiner Ansicht von der angeblich klassischen Erörterung stehen gelassen haben, in formeller Hinsicht gar so deutlich die ungeschickte Hand eines Interpolators verrät: 1. Die Alternative, zwischen der sich die kritische Ausführung entscheiden will, ist formuliert „videndum est, an.... et numquid“; ob — oder heißt aber bekanntlich utrum — an, nicht aber an — et numquid. 2. Die Worte „vel nominatim alteri“ hinken unerträglich nach. Schon Mommsen wollte durch Streichung des „vel“ helfen; aber abgesehen von dem Fehlen einer handschriftlichen Grundlage würde der Text dadurch inkorrekt werden, indem (unverständlicherweise) dann der iussus auf die Stipulation, die Nominatio auf die

---

[3]) Salkowski 7.

Tradition beschränkt würde.[1]) Bereits Salkowski erklärte es für „nicht ausgeschlossen“ daß diese Worte ein Glossem seien.[2]) 3. „an aliquid ex parte ferat alter socius“. Den Sinn dieser Worte kann man nur erraten: korrekt müßte es entweder heißen „an aliquid ex parte quae inventori cedit ferat alter socius[3])“, oder aber „an aliquid ex parte ferat altera socius“.[4])

Hält man diese stilistischen Mängel zusammen mit der sachlichen Bedenklichkeit, ja Unverständlichkeit der ganzen Entscheidung, so muß die Streichung des kritischen Schlußsatzes als gerechtfertigt erscheinen; wahrscheinlich haben ihn die Kompilatoren im Anschluß an eine alte Glosse eingefügt. —

§ 3.

Der § 3 erörtert den Schatzerwerb durch den servus fructuarius; wer erwirbt die dem Finder gebührende Quote, der Nießbraucher oder der Eigentümer des Sklaven? Der Text gibt zunächst an, worauf bei der Beantwortung dieser Frage abzustellen sei, nämlich num ex operis servi adquiratur; entsprechend wird auch entschieden: die Finderquote gebühre dem Nießbraucher, wenn der Sklave den Schatz bei der Arbeit gefunden habe, sonst dem Eigentümer des Sklaven. Sofort wird aber diese Entscheidung wieder umgestoßen, und dem Nießbraucher stets die Finderquote abgesprochen: nemo enim servorum opera thensaurum quaerit. Die Fortsetzung dieses Begründungssatzes aber (nec eapropter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat) erweckt den Anschein, als ob die Entscheidung abermals geändert würde, dahin nämlich, daß die Finderquote dem Nießbraucher gebührt, wenn die Arbeit des Sklaven gerade auf das Schatzsuchen gerichtet war. Der Schluß des Paragraphen freilich der vom Schatzfund auf dem Grundstücke des Nießbrauchers handelte, spricht wieder schlechtweg dem Nießbraucher die Finderquote ab. Schon dieses unschlüssige Hin- und Her-

---

[1]) So richtig Salkowski 5 Note 6. [2]) A. a. O.

[3]) Konjektur Salkowskis Seite 4 Note 5.

[4]) Konjektur Mommsens.

schwanken macht die Erörterung verdächtig; zahlreiche andere Indizien kommen hinzu und weisen auf die Überarbeitung auch dieses Paragraphen.

1. „Finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur". Das „ut" schwebt ganz in der Luft, es müßte dastehen „hoc casu dicendum est" oder „hoc casu dicat quis". 2. Zu „fructuarii esse" fehlt das Subjekt (partem quae inventori cedit), in dem überlieferten Text müßte man „quod invenit" ergänzen, davon aber, daß beim Fund auf einem dem Nießbraucher nicht gehörenden Grundstück (und auch von diesem Fall handelt die Entscheidung) der ganze Schatz (nicht nur die Finderquote) dem Nießbraucher zufallen sollte, kann natürlich gar keine Rede sein. 3. Bei „quod vero" geht die Konstruktion vollends verloren; dieser Satz müßte von „dicatur" abhängen und im Acc. c. I. stehen, statt dessen ist er von „ut" abhängig gemacht: „ut hoc dicatur fructuarii esse: quod vero... invenit, proprietatis domini sit". 4. Die Phrase „nihil agens sed aliter ambulans" enthält einen zweifellosen starken Graezismus; „aliter" steht hier nicht in der Bedeutung von „anders", sondern von „temere, ohne besonderen Zweck, so für sich hin". In dieser Bedeutung kann aber „aliter" gar nicht gebraucht werden, wohl dagegen das griechische ἄλλως[1]); bereits Jensius[2]) und E. Th. Schulze[3]) haben auf den Graezismus aufmerksam gemacht. Man darf dieses Interpolationsindiz auch nicht durch den Hinweis darauf abschwächen, daß Tryphonins Sprache sich auch sonst — wie man aus andern Stellen ersehe — von Graezismen nicht frei halte[4]); die Entgleisung ist hier ungewöhnlich schwer, das Vokabularium[5]) notiert für diesen Gebrauch des Wortes „aliter" nur diese

---

[1]) Siehe die Wörterbücher: Stephanus Thes. 1, 1555 sub D., Pape, Griech.-Deutsch. HandWB. ad h. v.

[2]) Stricturae (Rotterd. 1749) S. 423: Palam ex Graeco parum Latine versum hic legimus: Graecum „ἄλλως" saepe notat „forte, temere", id quod hic requiritur, at Latinum „aliter" notat „alio modo".

[3]) Vocab. Iur. Rom. 1, 364 Zeile 5, SavZ. 12, 129.

[4]) So Kalb, Roms Juristen 122f., Krüger, Gesch. der Quellen (2. Aufl.) 225 Note 86. [5]) A. a. O.

eine Stelle, der Thesaurus[1]) überhaupt keine. Derartig grobe Graezismen aber sind m. E. sonst Tryphonin nicht nachzuweisen, was Kalb an solchen notiert hat, kommt auf Rechnung der Kompilatoren.[2]) — Ganz besonders bedenklich ist der Satz „nec eapropter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit“. Zunächst 5. fällt hier der Subjektwechsel auf: „nemo enim servorum opera thensaurum quaerit nec (servus)... fodiebat; man vermißt das fehlende Wort „servus“ um so mehr, als im vorangehenden von „servorum opera“ (nicht servi opera) die Rede war. 6. Das „tunc“ hat gar keine Beziehung. Die Entscheidung ergeht ganz abstrakt: „der Nießbraucher erhält die Finderquote nicht, denn niemand erwirbt servorum opera einen Schatz“; man kann jetzt unmöglich, wie es der Text tut, fortfahren: „und damals grub ja auch der Sklave nicht deswegen“. Der überlieferte Text tut so, wie wenn ein konkreter Fall entschieden worden wäre, aus dessen Tatbestand hervorginge, daß der Sklave kein Schatzgräber gewesen ist. Korrekt müßte es heißen: nemo servi opera thensaurum quaerit, si servus non ut thensaurum inveniret terram fodiebat, sed... 7. Auch eapropter hat keine Beziehung zum vorhergehenden; seine Bedeutung kann man nur erraten. 8. Der Satz ist schließlich auch inhaltlich verkehrt. Wie wenn wirklich der Sklave nach dem Schatze gesucht hatte? Nach unserm kritischen Satze müßte dann dem Nießbraucher die Finderquote zufallen, das aber wäre sicher falsch, wenn der Fund auf einem dem Nießbraucher nicht gehörenden Grundstücke geschah (und auch diesen Fall behandelt und entscheidet unsere Stelle), denn nach

[1]) Thes. 1, 1653ff.

[2]) Ein grober Graezismus ist D. (49, 15) 12, 2 Iuliani sententia sequendum est, aber der Satz ist unecht (Krüger zdSt.). Unecht ist diese Konstruktion auch bei Paulus D. (24, 3) 45 (Krüger). Auch der Gebrauch von inspectio = quaestio, den Kalb Tryphonin zum Vorwurf macht, tritt nur in interpolierten Stellen auf: D. (16, 3) 31 (interpoliert Pernice Labeo 2, 1 S. 171 Note 1); (41, 1) 63, 3 (interpoliert siehe oben Text). Auch (49, 15) 12, 9 ist, wie überhaupt das ganze Fragment, stark überarbeitet. Justinian gebraucht inspectio in diesem Sinne in C. (6, 51) 1, 10.

I. (2, 1) 39 erhält der Finder beim Schatzgraben auf fremdem Grund und Boden nichts. Schon Placentin und Rogerius haben auf diesen sachlichen Fehler unseres kritischen Satzes aufmerksam gemacht.[1])

Aus allen diesen Gründen müssen die Sätze inspectio — sit und nec eapropter — dedit gestrichen werden; was Tryphonin geschrieben hat, kann nicht wohl zweifelhaft sein. Der Nießbraucher eines Grundstücks erhält von dem Schatz, den er darin findet, nichts, weil der Schatz nicht zu den Früchten gehört[2]); Früchte sind nach römischem Recht eben nur die Erträge die das Grundstück seiner wirtschaftlichen Bestimmung gemäß gewährt, die regelmäßigen Erträge, und dazu gehört der Schatz natürlich nicht.[3]) Der Nießbraucher eines Sklaven hat ein Recht auf die fructus servi, fructus hominis in operis consistit,[4]) der Nießbraucher hat also ein Recht auf den regelmäßigen, normalen Ertrag der Sklavenarbeit, der vom Sklaven gefundene Schatz gehört dazu nicht. Tryphonin wird also einfach dem Nießbraucher schlechthin den Finderanteil abgesprochen haben, mit der Begründung: nemo servorum opera thensaurum quaerit, der Schatzfund ist kein (ordentlicher) Ertrag der Arbeit[5]), und nur auf diesen hat der Nießbraucher Anspruch.

Mit den durch die bisherige Erörterung gerechtfertigten Strichen ist aber die Rekonstruktion unsers Paragraphen keineswegs vollendet; schon die Worte „nec illius" sind zu eng mit dem vorangehenden als unecht erwiesenen Satze verknüpft. Der von der bisherigen Untersuchung

---

[1]) Gl. Aliud dedit: Quid ergo si propterea fodiebat iussu usufructuarii? dicit P. et R. idem, quasi hoc non liceat. quod est falsum: immo licet in suo. Der Einwand des Accursius schlägt nicht durch, da die Entscheidung sich eben nicht auf das Schatzsuchen auf dem Grundstück des Nießbrauchers beschränkt.

[2]) Windscheid, Pand. 1 § 203 Note 5.

[3]) D. (24, 3) 7, 12: ... si thensaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur. [4]) D. (7, 7) 4.

[5]) Wenn Tryphonin die Kausalität zwischen opera und Schatzerwerb bestreitet, so kann er dabei nicht wohl etwas anderes gedacht haben als: die Arbeit ist nicht die Ursache des Schatzfundes, weil dieser nicht das normaler Weise zu erwartende Resultat der Arbeit ist.

unberührt gebliebene Teil unsers § 3 enthält aber auch noch mancherlei Anstößiges. 1. Die Worte „an vero fructuario“ sind offenbar nachträglich angeflickt, denn wenn man die Alternative: erwirbt der Eigentümer oder der Nießbraucher? beim Fund in alieno stellt, so muß man sie auch beim Fund auf dem Grundstück des Sklaveneigentümers stellen. Die erste Frage müßte also lauten: utrum totum illius sit an vero pars fructuarii; die Alternative nur im zweiten Falle zu stellen ist stilistisch ungeschickt. Diese Worte dürften also zunächst einmal zu streichen sein. 2. Nach dieser Korrektur würde dann die Fragestellung lauten: erwirbt der Sklaveneigentümer beim Fund in suo den ganzen Schatz, beim Fund in alieno einen Teil (die Finderquote)? Die Antwort lautet: der Nießbraucher erhält keinen Teil. Gewiß werden ja mit dieser Antwort die aufgestellten Fragen beantwortet, stilistisch aber ist es wiederum ungemein ungeschickt, die Frage für den Eigentümer aufzuwerfen und für den Nießbraucher zu beantworten. 3. „in eius locum qui servum proprium habet“. Selbst wenn wir locum in loco verbessern, bleibt die Bezeichnung des Sklaveneigentümers sehr ungeschickt; es sollte dastehen: in eius loco cuius in servo proprietas est. 4. Der Text behandelt zunächst zwei Fälle: Fund auf dem Grundstück des Sklaveneigentümers und Fund in alieno, d. h. also auf einem Grundstück, das dem Sklaveneigentümer nicht gehört. Für beide Fälle wird entschieden: ad fructuarium pertinere partem non arbitror, eine Entscheidung, die offensichtlich falsch ist. Denn in dem zweiten Falle (Fund in alieno) steckt ja doch auch der Fall des Fundes auf einem Grundstück des Nießbrauchers, und hier ist es offenbar nicht wahr, daß der Nießbraucher am Schatze keinen Teil habe, denn er erhält als Eigentümer die Hälfte. Statt „partem“ müßte „partem quae inventori cedit“ dastehen: dieselbe liederliche Ausdrucksweise, der wir bereits im § 2 (ex parte statt ex parte quae inventori cedit) begegnet sind. Man wende auch nicht ein, der Fall des Fundes auf dem Grundstück des Nießbrauchers werde ja in dem folgenden (Schluß-) Satze des Paragraphen behandelt und richtig entschieden,

denn diese Entscheidung müßte, wenn das Vorangehende echt wäre, mit einem „freilich wenn" (sane si oder ähnlich) eingeleitet sein und damit deutlich die frühere zu weite Entscheidung einschränken. Statt dessen wird der Schlußsatz mit „itaque" angeknüpft, was geradezu unverständlich ist, denn die vorangehende Entscheidung sagt, wie soeben gezeigt, gerade das Gegenteil von dem, was dem „itaque" folgt: vorher wird gesagt, der Nießbraucher erhalte keinen Anteil am Schatze, jetzt wird ihm doch die Hälfte zugesprochen. Es bleibt also dabei, man muß „partem" im Sinne von „partem quae inventori cedit" verstehen, unzweifelhaft eine liederliche Ausdrucksweise.

Alle diese Momente weisen darauf hin, daß der echte Text wesentlich anders gelautet haben muß als unsere Überlieferung, es läßt sich, glaube ich, leicht erraten, wie. Die Entscheidung unsers Textes zeigt uns, daß Tryphonin bestimmte, was der Nießbraucher von dem Schatze zu bekommen hatte; also wird er auch die Frage für ihn, und nur für ihn aufgeworfen haben. Er wird gefragt haben: si servus invenerit 1. in loco fructuarii, an totum illius sit, 2. et si in alieno, an partem eidem adquirat. Er entschied nun zunächst den zweiten Fall und sprach hier dem Nießbraucher einen Anteil am Schatze schlechthin ab: ego si in alieno fundo invenerit, ad fructuarium non pertinere partem arbitror: nemo enim servorum opera thensaurum quaerit. Nunmehr wandte er sich zur Entscheidung des ersten Falles und konnte jetzt allerdings mit „itaque" fortfahren: beim Fund in alieno erhält der Nießbraucher nichts, daher erhält er beim Fund in suo nur die Eigentümerquote.

Nach alledem ist der klassische Text wie eingangs angegeben zu rekonstruieren. Was den Interpolator zu seinen Änderungen veranlaßte? Er vermißte wohl in der klassischen Vorlage das Gegenstück zum Fund in loco fructuarii nämlich den Fund in loco proprietarii und er korrigierte daher diesen Fall hinein.

§ 4.

Die Erörterung des Schatzfundes durch Sklaven wird im § 4 abgebrochen; behandelt wird nach dem überlieferten

Text der Schatzfund des **Pfandgläubigers** auf dem verpfändeten Grundstück. Dabei werden zwei Entscheidungen getroffen: 1. Findet der Pfandgläubiger auf dem Pfandgrundstück, so erhält er den dem Finder zukommenden Teil, den andern Teil hat er dem Eigentümer der Sache herauszugeben. 2. Hat der Pfandgläubiger auf Grund der impetratio dominii durch Zuschlag Eigentum an der Pfandsache erworben und findet er nun in ihr einen Schatz, so erwirbt er diesen zunächst ganz; die dem Eigentümer gebührende Quote muß er aber herausgeben, wenn der Verpfänder innerhalb der Lösefrist die Pfandsache auslöst. Diese Entscheidungen entsprechen zweifellos dem klassischen Recht, trotzdem bietet uns auch hier unsere Überlieferung eine starke Umarbeitung des klassischen Textes.

I. Betrachten wir zunächst die erste Entscheidung. Hier fällt dreierlei auf: 1. „si creditor invenerit". Es fehlt die Angabe des Fundortes, der doch gerade entscheidend ist; es müßte dastehen „si creditor in fundo pignori dato invenerit". 2. „partem sibi, partem debitori praestabit". Eine seltsame Ausdrucksweise: es soll gesagt werden, der Gläubiger behalte einen Teil für sich, dafür wird gesagt, der Gläubiger leiste an sich selber einen Teil. Es sollte dastehen „partem tenebit, partem debitori praestabit". 3. „nec recepta pecunia restituet, quod iure inventoris, non creditoris ex thensauro apud eum remansit". Auffällig sind die Worte „non creditoris"; sie verleiten zu folgendem Gedankengang: der Pfandgläubiger erwirbt die eine Hälfte des Schatzes iure creditoris, die andere iure inventoris; die erste muß er herausgeben, die zweite, die er iure inventoris non creditoris erwirbt, behält er definitiv. Dieser Gedankengang führt aber offenbar in die Irre: einen Schatzerwerb iure creditoris gibt es nicht, der Schatz fällt nicht in den Pfandnexus.[1])

Aber gerade diese unverständlichen Worte verraten uns m. E., wie der echte Text gelautet haben muß: dieser muß von einem Fall gesprochen haben, in dem wirklich

[1]) Windscheid, Pand. 1 § 226a Note 12.

ein Schatzerwerb iure creditoris möglich war, nämlich von der fiducia; findet der Gläubiger auf dem fiducia-Grundstück, so muß er den ganzen Schatz erhalten, die eine Hälfte iure inventoris, die andere iure creditoris, die letztere muß er natürlich nach Zahlung der Schuld zurückgeben. Tryphonin schrieb wohl: sie creditor in fundo fiduciae dato invenit; die Kompilatoren glaubten in – dato streichen zu dürfen und verursachten dadurch die oben bezeichnete Lücke. Die klassische Entscheidung mußte natürlich lauten: in suo videbitur invenisse, totum itaque tenebit; die Byzantiner durften das nicht stehen lassen und brachten dadurch das merkwürdige „partem sibi praestabit“ in den Text. Schließlich wird die klassische Vorlage gelautet haben: sed recepta pecunia restituet, quod iure creditoris non inventoris apud eum remansit; die Kompilatoren glaubten den Satz erhalten zu können, wenn sie ihn in sein Gegenteil verkehrten: so kam das verräterische „non creditoris“ in den Text.

II. Eine wesentliche Stütze erhält diese Vermutung noch durch die zweite Entscheidung unsers § 4; sie ist mit „quae cum ita sint“ eingeleitet, wird also aus der ersten erschlossen. Nun betrachte man aber einmal die Schlußfolgerung etwas näher:

quae cum ita sint

et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii

intra constitutum luendi tempis pignoris causa vertitur.

Es steht also da: „weil dies so ist (weil nämlich, nach dem überlieferten Text, der Pfandgläubiger nur die Finderquote erhält), so ist auch nach dem Eigentumszuschlag während der Lösefrist ein Pfandrechtsverhältnis vorhanden! Das ist barer Unsinn! Man mag das Rechtsverhältnis während der Lösefrist als pignoris causa bezeichnen, es ist aber doch nicht, wie der Text behauptet, deshalb vorhanden, weil beim Fund vor dem Eigentumszuschlag der Gläubiger nur die Finderquote erhält! Diesen Schluß kann Tryphonin nicht geschrieben haben. Nimmt man nun mit mir an, daß der Klassiker in der ersten Ent-

scheidung von der Fiducia handelte, so wird auch verständlich, wie die Verwirrung in den Text kommen konnte. Tryphonin verglich den Fund auf dem Fiducia-Grundstück, mit dem Funde auf dem Pignus-Grundstück, das dem Gläubiger auf Grund der impetratio dominii zugeschlagen worden war; in der Tat liegen ja auch beide Fälle vollkommen gleich: in beiden Fällen ist der Gläubiger Eigentümer, in beiden Fällen hat er aber revokables Eigentum, denn beidemal kann der Schuldner seine Sache auslösen. Nachdem der Jurist nun beim Fund in der Fiducia-Sache festgestellt hatte: „der Gläubiger erwirbt zunächst den Schatz ganz, muß aber, wenn der Schuldner zahlt, die Hälfte herausgeben", — konnte er jetzt allerdings fortfahren: „da dies bei der Fiducia so ist, so erhält auch beim Fund in der zugeschlagenen Sache der creditor zunächst den ganzen Schatz, auch hier muß er aber, wenn der Schuldner innerhalb der Lösefrist zahlt, die Hälfte herausgeben". Natürlich durften die Kompilatoren diesen Schluß nicht stehen lassen, er paßte gar nicht mehr, nachdem die Fiducia aus der ersten Entscheidung herausgestrichen war. Sie konnten die beiden Fälle ihres Textes nur in dem Sinne miteinander vergleichen: auch nach dem Eigentumszuschlag liegt während der Lösefrist noch ein Pfandverhältnis vor, es wird daher so verfahren wie in der ersten Entscheidung. Entsprechend haben sie, ungeschickt genug, interpoliert; sie unterbrachen zunächst den verräterischen klassischen Schluß durch die Worte „intra ... pignoris causa vertitur", und betonten am Schlusse noch einmal, wie die Parallelität der Fälle in ihrem Sinne zu verstehen sei: „quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur". Denn auch dieser Satz ist ganz sicher unecht: 1. Der „simplex petitor"! Mit diesem merkwürdigen Terminus soll der Schuldner des ersten Falles bezeichnet sein. Schon Fitting[1]) hat für den einfachen Kläger „creditor simplex" schreiben wollen (der Gläubiger vor dem Zuschlage), aber auch dann noch bleibt die Ausdrucksweise ungewöhnlich. 2. Das Wort „revocantur" schleift unerträglich nach, es könnte ganz

[1]) Siehe Mommsens Digestenausgabe.

fehlen. Bereits Mommsen hat den Fehler bemerkt und durch Konjektur heilen wollen (praestantur ea quae in simplici creditore revocantur). —

Schließlich sind noch zwei weitere unklassische Zusätze im § 4 zu notieren. Einmal ist „intra constitutum tempus" für „intra annum" wegen C. (8,33) 3 interpoliert.[1] Ein altes Glossem sind ferner wohl die Worte „ante solutam pecuniam"[2]; ein unwissender Glossenschreiber entnahm offenbar aus den Worten „oblato vero debito", daß es sich hier um den Fund nach Tilgung der Schuld handele und glaubte daher, daß in der vorhergehenden Entscheidung der Fund ante solutam pecuniam erörtert werde.

IV.

Die Lehre von den drei Momenten.

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**

in Kiel.

Nach der herrschenden Lehre muß die Erbeinsetzungsfähigkeit beim Erben in drei Momenten gegeben sein: 1. zur Zeit der Erbeinsetzung (der Testamentserrichtung); 2. zur Zeit des Berufungsfalles, bei unbedingter Erbeinsetzung also zur Zeit des Todes des Erblassers, bei bedingter zur Zeit des Eintritts der Bedingung; 3. zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft. Unfähigkeit des Erben zwischen dem ersten und zweiten Zeitpunkte ist unbeachtlich, wogegen zwischen dem zweiten und dritten die Erbfähigkeit ununterbrochen fortbestehen muß.[3]

---

[1]) So auch Lenel, Paling. Tryphonin 19 Note 4.

[2]) So auch Lenel a. a. O. Note 5.

[3]) Siehe Windscheid, Pand. 3 § 549; Dernburg, Pand. 3 § 59; Vangerow, Pand. 2 § 404 a. E. und § 429; Mühlenbruch bei Glück 39, 220ff.; Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts 1, 43ff.; Koeppen, System 313, Lehrb. 65; Vering, röm. Erbrecht 273; Girard, Manuel (5. ed.) 819; Bonfante, Istituzioni (5. ed.) 552.

Für das justinianische Recht trifft diese Lehre zu, das klassische Recht aber war m. E. anders. Dieses kannte nur eine „Lehre von den zwei Momenten"; die Einsetzungsfähigkeit ist erforderlich im Zeitpunkt der Testamentserrichtung und im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, nicht dagegen im Moment der Delation.

Die entscheidende Stelle ist ein Fragment aus den Institutionen des Florentinus. Es ist uns doppelt überliefert, in den Pandekten und in Justinians Institutionen, beide Texte weisen nur einige leise stilistische Verschiedenheiten auf.[1]) Natürlich ist damit aber keineswegs die Klassizität der so überlieferten Entscheidung gesichert: die Verfasser der Institutionen haben auch sonst die von den Kompilatoren bereits veränderten Digestenstellen vor Augen gehabt und sie — mit geringen Änderungen — rezipiert.[2])

D. (28,5) 50, 1.[3])

Florentinus libro decimo institutionum.

In *extraneis*[4]) heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti *ut constiterit institutio*, et mortis testatoris, *ut effectum habeat. hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive*

---

[1]) Siehe Note 3.

[2]) Man sehe D. (47, 8) 2, 22, das in I. (4, 2) 2 mit einigen Änderungen aufgenommen worden ist, und dessen Interpolation schwerlich zu bestreiten ist. Vgl. Sav.-Ztschr. 32, 49. — Diese Ausführungen richten sich gegen Berger, KritVJSchr. 3. Folge 14, 438.

[3]) Vgl. I. (2, 19) 4: In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt. et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia ut diximus tria tempora inspici debent.

[4]) Mit Kursivdruck sind die Zusätze der Kompilatoren bezeichnet, mit Petitdruck die von ihnen gestrichenen Worte.

pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris *vel condicionem institutionis exsistentem* mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, *tria* duo tempora inspicimus.

Die Echtheit dieses Textes ist bisher, soweit ich sehe, nicht bezweifelt worden, m. E. ist er schwer interpoliert.

Unecht ist zunächst die ganze Erwähnung des dritten Zeitpunktes, des Momentes des Erbschaftserwerbs. Die Interpolationsindizien sind die folgenden:

1. „et cum adibit. . . esse debet". Im vorangehenden Satze ist von „heredes" die Rede; typisch kompilatorisch ist es, daß die Konstruktion unvermittelt abgebrochen und im Singular fortgefahren wird, wodurch nun natürlich zu den Verben das Subjekt fehlt. Außerdem müßte entweder statt „adibit" „adit" dastehen, — so haben die Institutionen-Verfasser korrigiert — oder aber statt „debet" „debebit".

2. „vel maxime" ist sinnlos: warum soll die testamenti factio grade im Moment des Erbschaftsantritts „ganz besonders" gefordert werden?

3. Es ist eine starke stilistische Ungeschicklichkeit, erst zu verkünden, daß zwei Momente in Betracht kämen, und dann doch drei anzuführen. Diese formale Ungeschicklichkeit ist schwerlich Florentin zuzutrauen, während sie sich leicht erklärt, wenn eine fremde Hand die Erwähnung des dritten Zeitpunktes hineinkorrigierte.

4. Der Verlust der testamenti factio in der Zeit zwischen Delation und Erbantritt soll nach unserer Stelle offenbar schädlich sein, wenigstens muß der unbefangene Leser diesen Satz mittelst argumentum e contrario aus dem Texte herauslesen: wenn jemand drei Zeitpunkte nennt und erklärt, der Verlust der Einsetzungsfähigkeit zwischen 1 und 2 schadet nicht, so meint er offenbar, daß der Verlust zwischen 2 und 3 schädlich ist. In der Tat hat denn auch die herrschende Lehre stets diesen Schluß gezogen.[1]) Ist

[1]) Vgl. Vinnius zu I. (2, 19) 4 im § 6: aiunt medio tempore inter

das aber richtig, so unterliegt die Ausdrucksweise des Florentinus den schwersten Bedenken: dann ist es gar nicht wahr, daß nur in drei Zeitpunkten die Einsetzungsfähigkeit gefordert würde, muß sie ja doch in jedem Momente vorhanden sein, der zwischen Delation und Acquisition liegt![1])

5. Schließlich sind die Eingangsworte „in extraneis heredibus illa observantur" verdächtig. Rein inhaltlich betrachtet ist an ihnen gewiß nichts Auffälliges; die Lehre von den drei Momenten kann nur für extranei gelten, da bei den sui heredes Delation und Erwerb zusammenfällt. Trotzdem sind die Worte auffallend, weil sie offensichtlich an der falschen Stelle stehen. Wenn der Text lauten würde: der Erbe muß die testamenti factio haben, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti et mortis testatoris; hoc amplius in extraneis heredibus illud observatur..., so könnte man dagegen nichts einwenden. Aber der Text erwähnt die extranei im falschen Satze, nämlich im ersten, der doch ausschließlich von den zwei ersten Zeitpunkten spricht und also für die sui genau wie für die extranei Geltung haben könnte! Schon den älteren Auslegern hat diese ungeschickte, irreführende Darstellungsart Mühe gemacht[2]), unmöglich darf sie dem Florentin zugetraut werden. Gerade diese kritischen Eingangsworte offenbaren unzweideutig das Vorgehen der Kompilatoren. Florentin erwähnte nur die ersten zwei Zeitpunkte und brauchte dann natürlich seine Erörterung nicht auf die extranei zu beschränken; die Kompilatoren fügten den Zeitpunkt des Erbschaftserwerbes als dritten Zeitpunkt hinzu und wünschten daher klarzustellen, daß diese ihre Lehre von den drei Momenten sich ausschließlich

factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutationem iuris non nocere heredi. Quod si tempus adeundae hereditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, aeque medio tempore inter condicionem existentem et aditionem hereditatis mutationem iuris heredi non obesse.

[1]) Bereits die älteren Ausleger haben die irreführende Ausdrucksweise des Textes gerügt, ohne doch ihren Vorwurf klar zu formulieren. Vgl. Mühlenbruch 122 und die dort Zit.

[2]) Siehe Mühlenbruch 123 ff.

auf die extranei bezöge. Sie hielten es für das einfachste, die ganze Erörterung in der Art einer Überschrift mit den Worten „in extraneis illa observantur" einzuleiten und übersahen, daß sie ihre Einschränkung korrekt hätten in den zweiten Satz (hoc amplius....) einfügen müssen.

Florentin erwähnte also den Zeitpunkt des Erbantritts überhaupt nicht; damit ist aber zugleich erwiesen, daß dieser Moment im klassischen Rechte bei dem Erfordernis der testamenti factio überhaupt nicht in Betracht kam. Florentin konnte unmöglich sagen: „duo tempora inspicimus", wenn das Vorhandensein der Einsetzungsfähigkeit noch in einem dritten Zeitpunkte zu prüfen war; er hätte sonst mit seiner Ausführung jeden Leser irregeführt und insbesondere den Anfänger, für den sein Werk doch bestimmt war. Man wende auch nicht ein, Florentin habe von dem dritten Zeitpunkte vielleicht später gesprochen: das hätte er, um Mißverständnisse zu vermeiden im unmittelbarem Anschluß an unsern Text tun müssen; hätte er dies aber getan, so hätten die Kompilatoren nicht zu interpolieren brauchen. In der Tat bieten uns auch unsere Quellen außer unserer Stelle keinen Beleg dafür, daß im Moment des Erbantritts sowie im Zeitraum zwischen diesem und dem der Delation die Einsetzungsfähigkeit erforderlich gewesen wäre.[1])

Die Kompilatoren haben aber nicht allein den dritten Zeitpunkt hinzugefügt, sondern auch die klassische Bestimmung der beiden ersten Momente geändert: Florentin nannte den Zeitpunkt der Testamentserrichtung und den des Todes des Erblassers, die Kompilatoren setzten an

[1]) Mühlenbruch 122 Note 17 (ebenso Schirmer 45 Note 54) hat freilich auf D. (38, 17) 1, 4 verwiesen, wozu man Paul. Sent. (4, 10) 3 stellen muß. Hier wird freilich die Erbfähigkeit ununterbrochen von der Delation bis zum Erbantritt verlangt; aber auch wenn man mit der herrschenden Lehre (Windscheid, Pand. 3 § 535 Note 18) aus diesen Stellen einen Grundsatz für das gesamte Intestaterbrecht ableitet, so ist damit doch für die Frage der Erbeinsetzungsfähigkeit gar nichts gewonnen: bei der gesetzlichen Erbfolge gibt es etwas der testamenti factio passiva Entsprechendes natürlich nicht, der Erbfähigkeit ab intestato entspricht bei der testamentarischen Erbfolge die Erwerbsfähigkeit. Siehe auch unten S. 119.

die Stelle des letzteren den Moment der Delation. Unecht sind nämlich m. E. auch die Worte „vel condicionem institutionis exsistentem". Die Interpolation erhellt daraus, daß der Eingang des Textes allein von dem Zeitpunkt des Todes spricht und den Eintritt der Bedingung gar nicht erwähnt; Florentin konnte nicht in einem Satze, der sich gar nicht mehr mit der Bestimmung der maßgebenden Zeitpunkte, sondern mit der Bedeutung der Zwischenzeit befaßte, so nebenher sagen, daß bei bedingter Erbeinsetzung der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung anstelle der Todeszeit maßgebend sei. Auch stehen die kritischen Worte sachlich in engem Zusammenhange mit der unechten Erwähnung des dritten Zeitpunkts, des Momentes des Erbantritts: wenn man die testamenti factio im Zeitpunkt der Delation fordert, muß man sie erst recht im Augenblick der Acquisition verlangen; wenn für den Anfang des Erwerbs, dann erst recht für seine Vollendung. Erweist sich also das Erfordernis der testamenti factio im Zeitpunkt des Erbantritts als unecht, so muß auch die Delation als maßgebender Zeitpunkt fallen. Richtig erwähnt auch Ulpian nur den Zeitpunkt des Todes des Erblassers und nicht den der Delation in

D. (28, 5) 6, 2.

Ulpianus libro quarto ad Sabinum.

Solemus dicere media tempora non nocere, ut puta civis Romanus heres scriptus vivo testatore factus peregrinus mox civitatem Romanam pervenit: media tempora non nocent.[1])

---

[1]) Die Stelle ist interpoliert. Die Worte „mox civitatem pervenit" kann natürlich Ulpian nicht geschrieben haben. Es sind nur zwei Möglichkeiten gegeben: entweder Ulpian schrieb „mox ad civitatem Romanam pervenit", wie Haloander und jüngere Vulg. lesen, — oder er schrieb, wie Mommsen vorschlug, „mox civitatem Romanam recuperavit". Mommsen hat die naheliegende erste Konjektur wohl deshalb abgelehnt, weil man streng genommen von jemandem, der schon einmal römischer Bürger war, nicht sagen sollte „er erlange das Bürgerrecht", sondern „er erlange es zurück". Siehe die korrekte Ausdrucksweise des Paulus in D. (35, 1) 104, abgedruckt unten S. 124. Diese Erwägung Mommsens ist ganz richtig, nur führt sie den heutigen Forscher wohl zu einem

Freilich besitzen wir aber auch noch eine andere Stelle, die bei bedingter Erbeinsetzung genau wie der überlieferte Florentinustext den Zeitpunkt des Bedingungseintritts anstelle der Todeszeit für maßgebend erklärt, doch auch diese Stelle weist — wenngleich nur leichte — Unebenheiten auf, die auf einen Eingriff der Kompilatoren deuten:

D. (28, 5) 60, 4

Celsus libro sexto decimo digestorum.

Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit redierit, *aut si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio exsistit.*

Der Schlußsatz scheint angeflickt zu sein: die Worte „heres" und „tempore" sind überflüssig und machen den Satz schwerfällig; „redierit" stünde besser vor „intra"; „exsistit" steht, verglichen mit dem parallelen „decessit", im falschen Tempus (statt exstitit). Gewiß würden diese Indizien zu einer Verdächtigung nicht ausreichen, wenn das Fr. allein stünde; in Verbindung gesetzt aber mit unserer Florentin-Entscheidung darf auch die Interpolation dieses Fr. behauptet werden.

Die sachlich erheblichen Interpolationen der Florentin-Stelle sind damit angegeben. Unecht sind wohl auch — was indes sachlich nicht weiter von Interesse ist — die

---

anderen Ergebnisse. Die Konjektur „ad civitatem Romanam pervenit" ist naheliegend und daher anzunehmen. Bei solcher Wiederherstellung des Textes aber muß der Anfang von einem Mann gesprochen haben, der 1. noch nicht römischer Bürger war; 2. doch die testamenti factio passiva besaß; und den 3. die Kompilatoren wegstreichen mußten. Alle drei Eigenschaften hat der Latinus Iunianus. Vgl. Ulp. Reg. 22, 3 und 11, 16 sowie C. 7, 6. Die gleiche Interpolation findet sich in D. (28, 6) 11 Paulus libro primo ad Sabinum. Si is qui heres institutus est filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit. contra quoque potest poenas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit. Der plumpe Eingangssatz ist wie Mommsen mit Recht rügt, ungenau: hinter „est" müßten die Worte „capere non potest" stehen. Die Stelle ist wohl so zu rekonstruieren: Si Latinus Iunianus heres institutus filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit vel intra diem cretionis. . . .

Worte „ut constiterit institutio“ und „ut effectum habeat“. Die Einsetzung wird doch gleich behandelt, mag die testamenti factio im Moment der Testamentserrichtung oder im Zeitpunkt des Todes gefehlt haben; was hat es also für einen Zweck, im ersten Falle die Einsetzung für ungültig im zweiten für unwirksam zu erklären? Auch steht „constiterit“ verglichen mit „habeat“ im falschen Tempus.

Fassen wir das Ergebnis der bisherigen Erörterungen zusammen, so ergibt sich als klassische Ordnung die folgende: die testamenti factio passiva ist erforderlich in zwei Zeitpunkten, im Moment der Testamentserrichtung und im Augenblick des Todes des Erblassers. Der Gedanke der Klassiker ist einfach der: die testamenti factio passiva ist die Fähigkeit, Passivbeteiligter bei dem Rechtsgeschäft der Testamentserrichtung zu sein; diese Fähigkeit muß in denjenigen Zeitpunkten vorhanden sein, die für das definitive Zustandekommen dieses Rechtsgeschäftes sonst entscheidend sind, und diese sind der Moment der Erklärung des Willens, und der, in dem diese Erklärung unwiderruflich wird. Der Zeitpunkt der Delation ist ebenso gleichgültig wie der der Acquisition, denn was soll die testamenti factio noch post factum testamentum, was sie Fähigkeit, Passivbeteiligter bei einem Rechtsgeschäft zu sein, nachdem dieses bereits unwiderruflich abgeschlossen vorliegt? Was man im Zeitpunkt der Delation und Acquisition fordern kann, ist allein die Erwerbsfähigkeit, nicht die Einsetzungsfähigkeit. Im klassischen Recht ist auch in der Tat die Erwerbsfähigkeit stets im Moment des Erbantritts, regelmäßig aber auch für die Zeit von der Delation bis zur Acquisition gefordert worden[1]), wie schon das Intestaterbrecht zeigt, das hier als Parallele herangezogen werden darf.[2]) Ausnahmsweise ist freilich die Erwerbsfähigkeit im Momente der Delation nicht erforderlich, so beim Latinus Iunianus und bei den caelibes.[3])

---

[1]) Mühlenbruch 172ff.

[2]) Siehe die oben S. 116 Note 1 zitierten Stellen.

[3]) Dazu Mühlenbruch 170, 174. In diesen Zusammenhang gehört auch, wie die Inskription erweist, D. (29, 2) 82. Terentius Clemens libro sexto decimo ad legem Iuliam et Papiam. Si servus eius qui capere

Ulpian Reg. 22, 3: Latinus Iunianus si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest; quod si Latinus manserit, lege Iunia capere hereditatem prohibetur.

Ulpian Reg. 17, 1: Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibi vel Latino Juniano legatum fuerit nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit vel Latinus ius Quiritium consecutus sit.

Was die Kompilatoren zu ihrem Eingriffe veranlaßte, ist unschwer zu erkennen. Die soeben erwähnten Besonderheiten des klassischen Rechts für die Latiner und caelibes haben sie nicht übernommen, sie forderten also durchweg Erwerbsfähigkeit von der Delation bis zur Acquisition. Da ja nun die Einsetzungsunfähigen auch immer zugleich erwerbsunfähig sind[1]), die Kompilatoren auch die klassischen Kaduzitätsvorschriften nicht übernommen haben[2]), so lag es in der Tat nahe zu sagen: wir verlangen die testamenti factio passiva auch für die Zeit von der Delation bis zur Acquisition. —

Alles bisher für die Erbeinsetzungsfähigkeit Gesagte gilt auch für die Fähigkeit, mit einem Vermächtnis bedacht zu werden; weitere Ausführungen darüber sind nicht erforderlich.[3]) Wohl aber bedarf noch ein Kreis von Belegen der Erörterung, die bisher beiseite gelassen worden sind, die nämlich die Einsetzung eines Sklaven zum Erben oder Vermächtnisnehmer behandeln.

Der Sklave hat die testamenti factio passiva, er kann sowohl als Erbe wie als Vermächtnisnehmer eingesetzt werden; der eigene Sklave des Erblassers hat aber die testamenti factio nach klassischem Rechte allein für die

---

non potest heres instituatur, et antequam iussu domini adeat hereditatem manumissus alienatusve sit et nihil in fraudem legis factum esset, ipse admittitur ad hereditatem. „alienatusve" streicht P. Krüger mit Recht als sinnloses Glossem; der rechte Text wird aber vor „manumissus" noch die Worte „intra diem cretionis" enthalten haben.

[1]) Vangerow, Pand. 2 § 429 Anm. 1, I. (S. 77).

[2]) Dernburg, Pand. 3 § 85 und 92. C. 6, 51.

[3]) Siehe Arndts bei Glück 46, 376 ff.

Einsetzung cum libertate, der fremde Sklave dann, wenn sein Herr die testamenti factio besitzt.[1]) Auch hier muß die Einsetzungsfähigkeit in den früher angegebenen Zeiten vorhanden sein:

a) Im Zeitpunkte der Testamentserrichtung. Die Erbeinsetzung des eigenen Sklaven ist daher nichtig, wenn sie sine libertate erfolgte, auch wenn später der Sklave freigelassen oder veräußert wird und er damit also die testamenti factio auch für die Einsetzung sine libertate erhält:

Gaius 2, 187: Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constitit; ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini novi cernere hereditatem.

Ulpian Reg. 22, 12: Sed si sine libertate sit institutus (scil. proprius servus), omnimodo non consistit institutio.

Umgekehrt ist die Einsetzung eines fremden Sklaven nichtig, wenn sie cum libertate erfolgte, selbst wenn später der Sklave ins Eigentum des Erblassers kommt und also die testamenti factio für diese Art der Einsetzung erhält:

Florentinus D. (28, 5) 50 pr.: Si alienum servum liberum et heredem esse iussi et is postea meus effectus est, neutrum valet, quia libertas alieno servo inutiliter data est. —

b) Im Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Die Einsetzung des eigenen cum libertate eingesetzten Sklaven ist daher gültig, wenn der Sklave zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Eigentum steht; ebenso wenn er in diesem Zeitpunkte bereits frei ist, oder aber in fremdem Eigentume steht, und sein derzeitiger Herr die testamenti factio hat.

Gaius 2, 188: Cum libertate vero heres institutus, si quidem in eadem causa duraverit, fit ex testamento liber

[1]) Ulp. Reg. 22, 7 und 9, Gaius 2, 185, 186 D. (28, 5) 31 pr., Papinian D. (33, 3) 5, Florentinus D. (28, 5) 50, 1. — Nach justinianischem Recht versteht sich die Freiheitserteilung bei der Erbeinsetzung des eigenen Sklaven von selbst. Mühlenbruch 196.



et inde necessarius heres; si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest; quodsi alienatus sit, iussu novi domini adire hereditatem debet. Ebenso Ulpian Reg. 22, 11, 12.

Die Einsetzung eines servus alienus wäre nichtig, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers sein Herr einsetzungsunfähig wäre oder der Sklave ins Eigentum des Erblassers geraten wäre; sie ist gültig, wenn sein Herr zu dieser Zeit einsetzungsfähig ist, oder der frühere Sklave nunmehr frei ist.

Gaius 2, 189: Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet; si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere; si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest. Ebenso Ulpian Reg. 22, 13.

c) Der Satz media tempora non nocent gilt auch hier. Dies lehren abgesehen von der allgemein redenden und daher auch auf die Sklaveneinsetzung sich beziehenden Florentin-Stelle (D. 28, 5, 50, 1) die beiden folgenden Ulpian-Stellen:

D. (28, 5) 9, 16

Ulpianus libro quinto ad Sabinum.

Servus cum libertate heres institutus si sit alienatus, iuberi adire ab eo potest, cui alienatus est: sed si redemptus sit a testatore, institutio valet et necessarius heres erit.

D. (28, 5) 51, pr.

Ulpianus libro sexto regularum.

Servum meum heredem institutum cum libertate si vivus vendidero ei, cum quo testamenti factio non est, posteaque eum redemero, ex testamento mihi heres esse poterit nec medium tempus, quo apud eum fuit, vitiavit institutionem, quia verum est utroque tempore tam testamenti faciendi quam mortis tempore meum fuisse. *unde si apud eum remanserit, vitiatur institutio: vel si cum eo testamenti factio est, iussu eius adeundo adquiret ei hereditatem.*[1])

---

[1]) Der Schlußsatz (von „unde“ an) ist wohl ein Glossem. Sachlich

Allerdings scheint es unter den Klassikern in dieser Frage Dissidenten gegeben zu haben, wie die folgende Entscheidung Marcians zeigt:

D. (34, 8) 3, 2

Marcianus libro undecimo institutionum.

Item si servo alieno quid legatum fuerit et postea a testatore redemptus sit, legatum extinguitur: nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

Hiernach soll selbst dann, wenn der Testator den Sklaven wieder veräußerte, das Vermächtnis ungültig sein. Eine Vereinigung dieser Entscheidung mit der Ulpians ist nicht möglich, wir wissen aber auch aus andern Stellen, daß bezüglich der Anwendung der Regel, die Marcian hier zur Begründung seiner Entscheidung verwendet, unter den Klassikern Meinungsverschiedenheiten bestanden.[1]) —

Schließlich wird auch bei der Sklaveneinsetzung im Zeitpunkt des Erwerbes, regelmäßig auch im Moment der Delation, Erwerbsfähigkeit gefordert; steht der Sklave in fremdem Eigentum, so muß sein Herr erwerbsfähig sein, steht er im Eigentum des Erblassers, so muß er selbst erwerbsfähig sein. Wir veranschaulichen diese Sätze an den bedingten Einsetzungen.

Hat jemand einen fremden Sklaven bedingt eingesetzt und gelangt dieser nach dem Tode des Erblassers[2]) in den Nachlaß, so wird die Einsetzung nur dann wirksam, wenn vor Eintritt der Bedingung der Sklave wiederum in fremdes Eigentum gelangt: würde die Bedingung früher eintreten, so mangelte dem Eingesetzten zur Zeit der Delation die Erwerbsfähigkeit. So entscheidet Ulpian in

richtig, ist er doch nach dem Vorangehenden allzu selbstverständlich; die Entscheidungsvoraussetzungen werden einfach umgekehrt.

[1]) Siehe darüber Arndts a. a. O. 282 und 441 Note 14.

[2]) Daß die Veräußerung nach dem Tode des Erblassers erfolgt ist, ergibt das Wort „hereditario“; andernfalls würde „servo testatoris“ dastehen. — Das unrichtige „servus“ der Florentina ist wohl ein Glossem; „servo“, wie die Vulg. lesen, wäre korrekt, aber überflüssig.

D. (28, 5) 6, 2.

Ulpianus libro quarto ad Sabinum.

Servus alienus sub condicione heres scriptus *traditus* mancipatus est *servus* hereditario, mox usucaptus ab extraneo: non est vitiata institutio.

Ebenso einleuchtend ist die Entscheidung des Paulus in

D. (35, 1) 104.

Paulus libro quarto decimo responsorum.

Eum, qui post apertum testamentum deportatus et restitutus est, fideicommissum petere posse, cuius condicio postea exstitit, quam civitatem Romanam recipiat.

Mit der Testamenteröffnung tritt hier, da das Vermächtnis bedingt ausgesetzt ist, die Delation nicht ein, es genügt daher, wenn der Bedachte zur Zeit des Eintritts der Bedingung erwerbsfähig ist.

Hat der Erblasser seinen eigenen Sklaven im Testamente bedacht, so muß dieser zur Zeit des Anfalls der Erbschaft oder des Vermächtnisses vor allen Dingen frei sein. Wenn der Erblasser seinen Sklaven im Testament unbedingt für frei erklärt und ihm ein Vermächtnis zuschreibt, so ist die Zuwendung wirksam: der Sklave wird frei mit dem Antritt des Erben, und da nun bekanntlich der dies cedens in diesem Falle auf den Erbantritt gelegt wird[1]), so ist im Augenblick des Vermächtnisanfalls die Erwerbsfähigkeit des Bedachten gegeben. War das Vermächtnis pure, die Freiheit sub condicione erteilt, so muß natürlich die Bedingung noch vor der Delation des Vermächtnisses (vor dem Erbantritt) eintreten, wenn das Vermächtnis wirksam sein soll.[2]) Ebenso muß natürlich der Sklave frei sein, wenn an ihn die Berufung zur Erbschaft ergeht; davon handelt folgendes bisher wenig beachtetes Fragment:

---

[1]) Windscheid, Pand. 3 § 642 Note 13; Vangerow, Pand. 2 § 540 II. (S. 508).

[2]) D. (30) 91, 1; (35, 1) 86, 1 und dazu Vangerow a. a. O.

D. (28, 5) 9, 17—19.

Ulpianus libro quinto ad Sabinum.

Si servus ex die libertatem acceperit et hereditatem pure, mox sit alienatus vel manumissus, videamus an institutio valeat. et quidem si alienatus non esset, *potest defendi institutionem valere, ut die veniente libertatis, quae hereditatem moratur, competente libertate et heres necessarius existat.*

18. Sed si in diem libertas, hereditas autem sub condicione data sit, si condicio post diem advenientem exstiterit, liber et heres erit. 19. Sed et si pure fuerit heres institutus libertate in diem data, si sit alienatus vel manumissus, dici debet heredem eum posse existere.

Die §§ 18 und 19 bringen keine Überraschung. Ist die Freiheit betagt, die Erbschaft bedingt zugewendet, und fällt der Eintritt der Bedingung hinter den dies, so ist im Moment des Anfalls der Eingesetzte erwerbsfähig und die Einsetzung daher wirksam. Der § 19 behandelte den Fall, daß der Sklave unbedingt als Erbe, aber betagt frei geschrieben und später vom Testator freigelassen oder veräußert worden ist. Die Zuwendung ist gültig, denn ist der Sklave freigelassen, so ist er im Augenblick der Delation erwerbsfähig; ist er veräußert, so kann er für seinen jetzigen Herrn erwerben (dessen Erwerbsfähigkeit vorausgesetzt), die befristete Freilassung hat hier gar keine Bedeutung. Um so überraschender wirkt nun die Entscheidung des § 17. Sie behandelt gleichfalls die unbedingte Erbeinsetzung eines Sklaven, dem betagt die Freiheit hinterlassen worden ist, und sie erklärt diese Einsetzung für wirksam, selbst wenn der Sklave nicht veräußert oder freigelassen worden ist, wiewohl doch dann im Augenblick der Delation (des Todes des Erblassers) der Eingesetzte nicht erwerbsfähig ist. Die Entscheidung ist aber gefälscht; Ulpian hatte sich im gerade entgegengesetzten Sinne entschieden. Die Indizien sind: 1. Die Worte „quae hereditatem moratur" sind auffällig. Sie wollen wohl sagen, daß die der Freilassung zugefügte Befristung auch auf die Erbeinsetzung bezogen werden soll; bekanntlich ist aber die Zufügung

eines dies zur Erbeinsetzung unzulässig.[1]) 2. Sehr häßlich ist die Phrase „ut die veniente libertatis competente libertate et heres necessarius existat"; der Klassiker würde einfach geschrieben haben „ut die veniente libertatis et liber et heres necessarius existat". 3. Entscheidend ist aber vor allem der Inhalt der beiden folgenden §§ 18 und 19. Schon die Eingangsworte des § 18 (sed si) zeigen an, daß die Entscheidung des § 17 ursprünglich zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führte, wie die des § 18. Wäre der § 17 echt, so wäre auch nicht einzusehen, warum Ulpian im § 18 so nachdrücklich fordert, daß die Bedingung nach dem dies eingetreten sein müsse, wenn der Sklave zur Erbschaft gelangen soll: wenn der pure eingesetzte Sklave den Freiheitstag abwarten und dann zur Erbschaft gelangen darf, warum nicht entsprechend der sub condicione Eingesetzte, der doch nach Eintritt der Bedingung wie ein pure Ernannter dasteht? Die älteren Ausleger haben diesen Widerspruch des § 17 gegen § 18 wohl erkannt. In der Gl. post diem zu unserem § 18 fragt Hugo: „Quid si ante?", und die Additio antwortet darauf: „Dic secundum Baldum hic quod condicio est purificata et, sicut si ab initio esset pura institutio, spectaretur dies libertatis". Ganz folgerichtig! Nur verlieren dann die Worte „post diem" im § 18 jeden Sinn. Auch der § 19 weist auf die Interpolation des § 17. Ulpian kommt hier nochmals auf den Fall des § 17 (pure heres, ex die liber) zurück und läßt den Sklaven zur Erbschaft zu, wenn er vom Testator freigelassen oder veräußert worden ist. Wozu das, wenn er ihn im § 17 auch ohne diese Voraussetzungen allgemein zugelassen hatte? Die Interpolation ist m. E. zweifellos. —

So bewährt sich also auch bei der Sklaveneinsetzung der früher aufgestellte Grundsatz: testamenti factio passiva ist erforderlich im Moment der Testamentserrichtung und im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, Erwerbsfähigkeit im Moment des Erwerbes und regelmäßig auch in dem der Delation.

Zum Schluß noch ein Wort über die Stellung des

---

[1]) Windscheid, Pand. 3 § 555.

Militärrechts zu den hier behandelten Fragen. Es kommen nur zwei Stellen in Betracht:

D. (29, 1) 73, 2.

Ulpianus libro quadragesimo quinto ad edictum.

Et deportati et *fere* omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. sed si servum poenae heredem scribat, institutio non valebit: sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere quasi nunc data hereditate. *et generaliter in omnibus id poterit dici quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui potuerit.*

C. (6, 21) 5.

Imperator Alexander.

Ex testamento militis, sive adhuc in militia sive intra annum missus honeste decessit, hereditas et legata omnibus quibus relicta sunt debentur, quia inter cetera, quae militibus concessa sunt, liberum arbitrium quibus velint relinquendi supremis suis concessum est, *nisi lex specialiter eos prohibuerit.*

Namentlich das unklare Fr. 13 hat den Auslegern große Schwierigkeiten gemacht[1]), mit Recht hat aber bereits Bonfante[2]) darauf hingewiesen, daß die beiden genannten Stellen interpoliert sind. Zunächst sind in der Kodexstelle die Worte „nisi-prohibuerit" — einer der typischen unechten nisi-Sätze — unecht, ebenso das Wort „fere" in dem Pandektenfragment. Das klassische Recht kennt mit Ausnahme des servus poenae, der aber sogleich im Texte ausdrücklich ausgenommen wird, keinen Fall, in dem ein gemeinrechtlich Einsetzungsunfähiger militärrechtlich die testamenti factio nicht besäße, erst Justinian hat C. (1, 5) 22

---

[1]) Siehe Mühlenbruch bei Glück 42, 74ff. und Arndts bei Glück 46, 384ff.

[2]) Instituzioni 551 Note 2, zustimmend Arangio-Ruiz, Bull. dell' ist. di dir. rom. 18, 194f. Wohl ebenfalls zustimmend P. Krüger, der aber in der Dig.-Ausgabe Bonfantes Interpolationsannahme nicht ganz genau notiert; Bonfante nimmt eine Interpolation wie im Text angegeben an.

einen weiteren Fall, nämlich den des Häretikers, eingeführt, auf welchen die Zusätze der Kompilatoren bezogen sein wollen. Unecht ist ferner die Schlußklausel der Pandektenstelle, die so viel Verwirrung angerichtet hat. Stilistisch fällt der Wechsel von Singular und Plural auf, der „talis inveniatur" ohne Subjekt läßt. Vor allem ist aber der Satz sachlich ganz ungenau. Er behauptet, bei „allen" von Soldaten eingesetzten Personen empfange die Einsetzung erst Kraft, wenn die Eingesetzten im Zeitpunkt des Todes des Testators militärrechtlich einsetzungsfähig seien. Sicher ist das doch falsch bei der Einsetzung einer Person, die bereits gemeinrechtlich einsetzungsfähig ist: diese Einsetzung ist von Anfang an gültig und wird es nicht erst mit dem Tode des Erblassers. Dasselbe gilt aber nach dem Eingang des § 2 regelmäßig auch bei denen, die nur militärrechtlich einsetzungsfähig sind; auch hier wird die Einsetzung nicht erst mit dem Erbfall gültig. An der Stelle ist noch weiter geändert: die beiden mit „sed" beginnenden Sätze können nicht so unvermittelt aufeinander gefolgt sein, besonders fällt der schroffe Subjektwechsel auf: „sed si servum poenae heredem scribat (miles!) institutio non valebit: sed si ... inveniatur (servus!)". Es kann sein, daß bereits bei den Worten „sed si mortis" der Zusatz der Kompilatoren beginnt; da aber eben so gut hinter „valebit" eine Ausführung gestrichen sein kann, nehme ich vor der Hand den Satz als echt hin.

Für das klassische Militärrecht ergibt sich demnach: testamenti factio passiva hat ein jeder mit Ausnahme des servus poenae, da dieser weder selbst Person ist, noch zivilrechtlich einen Herrn hat; auch seine Einsetzung konvaleszieret aber, wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers wieder das Bürgerrecht erworben hat. Im Moment des Erwerbes ist natürlich Erwerbsfähigkeit erforderlich, nur kommt auch diese grundsätzlich allen zu, auch denen, die sie gemeinrechtlich nicht haben. Nur für die mulieres probrosae ist uns die incapacitas überliefert.[1])

---

[1]) D. (29, 1) 41, 1, Arangio-Ruiz a. a. O.

V.

Die cura minorum der klassischen Zeit.

Von

Herrn Professor Dr. **Otto Lenel**
in Freiburg i. Br.

Der pubes minor XXV annis erhielt in klassischer Zeit einen Kurator bekanntlich nur auf seinen Antrag. Demgegenüber bieten die Justinianischen Quellen ein merkwürdig zwiespältiges Bild. Auf der einen Seite finden wir da eine Anzahl von Zeugnissen, die den klassischen Grundsatz, so als ob er in unveränderter Geltung stünde, einfach wiederholen, und diese Zeugnisse stehen nicht an versteckten Orten, wo ihr Vorkommen auf ein Versehen der Leute Justinians zurückgeführt werden könnte, sondern an den eigentlichen Sitzen der Materie. So vor allem in den Institutionen unter dem Titel de curatoribus 1, 23, 2 das bekannte[1]: inviti adulescentes curatorem non accipiunt praeterquam in litem. In den Digesten unter dem Titel de tutoribus et curatoribus datis: 26, 5, 13 § 2, sodann überaus nachdrücklich unter dem Qui petant tutores vel curatores: 26, 6, 2 § 4. 5. Vgl. ferner D. 3, 3, 44 § 3; 26, 7, 5 § 5; 27, 1, 36 § 1; 38, 17, 2 § 29; C. 5, 31, 6. Auf der anderen Seite wird, ohne daß von dem Erfordernis des Antrags irgend die Rede wäre, bestimmt ausgesprochen, daß die Minderjährigen bis zum vollendeten 25. Lebensjahre einen Kurator haben müßten, der statt ihrer ihr Vermögen verwalte, D. 4, 4, 1 § 2. 3:

> Apparet minoribus annis viginti quinque eum opem polliceri: nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat. Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.

[1] Dazu auch Theoph. ad h. l.

Besonders auffallend ist in dieser Ulpian zugeschriebenen Stelle die starke Betonung des „quamvis bene rem suam gerentibus", im Gegensatz zu dem, was derselbe Ulpian reg. 12, 4 sagt:

> Praeterea dat curatorem ei etiam, qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest.

Ferrini[1]) zuerst hat diese Widersprüche empfunden und die Vermutung ausgesprochen, daß, was wir in D. 4, 4, 1 § 3 lesen, nicht klassisches, sondern Justinianisches Recht sei, und man wird dem unbedingt beitreten müssen. Die Erklärung der Widersprüche aber wird man darin suchen dürfen, daß zwar das offizielle Recht an dem Erfordernis des Antrags formell festhielt, die Magistrate aber in nachklassischer Zeit immer regelmäßiger die Minderjährigen zur Stellung des Antrags nötigten, äußerstenfalls sich auch über das Erfordernis hinwegsetzten[2]), zumal in den östlichen Provinzen, wo man der Unterscheidung zwischen tutela impuberis und cura minoris fremd gegenüberstand.[3])

Es ist ein entschiedenes Verdienst der neueren Forschung, die Wandlung klargestellt zu haben, die hier vor sich gegangen ist. Man ist aber dabei nicht stehen geblieben. In jüngster Zeit ist gleichzeitig durch zwei von einander unabhängige Forscher die mit jener Entwicklung keineswegs notwendig gegebene Behauptung aufgestellt und eingehend verteidigt worden, daß auch die Funktionen des curator adulescentis im Justinianischen Recht

---

[1]) Manuale³ S. 961 n. 3; ihm folgen u. a. Peters, ZSS. 32 S. 279; Albertario, Hodie 10; Beseler, Beiträge 2 S. 98; Solazzi, minore età (1912) S. 16; Partsch, Studien zur Neg. gestio I (1913) S. 85 n. 1.

[2]) Bemerkenswert ist, daß im C. Theod. eine verloren gegangene Konstitution stand, die — im Gegensatz zum klassischen Recht (D. 38, 17, 2 § 29) — „matres pupillis vel minoribus defensionem legitimam non petentes . . . . . mori praecepit intestatas". Nov. Theod. II. tit. XI pr.

[3]) Ein Zeugnis aus den westlichen Provinzen bietet die l. Rom. Burg. 36, 3: Pupilli vero post impletum quartum decimum annum curatores sibi ipsi petere debebunt. Ob „debebunt" hier auf einen Zwang oder nur auf die rechtliche Notwendigkeit des Antrags hindeuten will, muß dahingestellt bleiben.

ganz andere gewesen seien als in klassischer Zeit: Solazzi und Partsch (in den S. 130 n. 1 angeführten Abhandlungen) sprechen dem klassischen curator minoris, im Gegensatz zu der bisher allgemein herrschenden Lehre, das Verwaltungsrecht am Vermögen des männlichen Minderjährigen ab[1]); Verwaltungsrecht habe nur der curator mulieris besessen. Der männliche Minderjährige, der trotz der Bestellung des Kurators vollkommen geschäftsfähig blieb, habe sein Vermögen selbst verwaltet. Der curator minoris habe den Charakter eines bloßen Beistands gehabt, der den Minderjährigen auf Wunsch zu beraten und ihm zu assistieren hatte, ohne daß aber dieser gehindert gewesen wäre, Geschäfte aller Art auch ohne Einholung dieses Rates, ja selbst gegen den Willen des Kurators vorzunehmen. Habe der Kurator, was ja natürlich möglich war, die Verwaltung freiwillig übernommen, so sei er eben, gleich jedem andern, der dies tat, bloßer negotiorum gestor gewesen.[2]) Diese neue Lehre ist es, die im folgenden auf ihre Begründung geprüft werden soll.

Vorweg: wahrscheinlich klingt sie nicht. Im Gegenteil, man kann sich eine Einrichtung solcher Art praktisch kaum vorstellen. Man bedenke: ein Kurator, der nichts zu verwalten hat und dessen Zustimmung zu keinem Geschäft des Mündels erforderlich ist, der ihm zwar Rat geben soll, einen Rat aber, den der Mündel nicht zu beachten braucht! Der gewissenhafte Kurator wendet vielleicht viel Zeit und Mühe auf das Studium der ihm unterbreiteten Angelegenheit; der junge Mensch, der ihn gefragt hat, tut nachher

---

[1]) Die bestrittene Frage, ob nicht auf Grund der lex Plaetoria der Kurator ursprünglich nur für die Besorgung bestimmter Angelegenheiten bestellt und erst durch M. Aurel mit der gesamten Vermögensverwaltung betraut worden sei, lasse ich hier dahingestellt. M. E. ist sie zu verneinen; das „redditis causis" in der vita Marci c. 10 gibt keinen Anhalt für die Bejahung.

[2]) Vgl. Solazzi S. 71f., 81. Der Vorwurf, den Partsch S. 74[2], 79[1], 80[3] gegen Solazzi erhebt — daß dieser die Möglichkeit freiwilliger n. g. des Kurators nicht berücksichtigt habe — ist insoweit nicht berechtigt. Richtig aber ist, daß Solazzi bei seinen Interpolationsvermutungen diese Möglichkeit öfter auch da nicht in Rechnung stellt, wo dies von seinem Standpunkt aus geboten wäre.

doch, was ihm beliebt. Konnte ein römisches Gesetz ernsthaften Männern zumuten, sich in eine derart entwürdigende Stellung zu begeben? Freilich dem Mangel an Macht hätte auch der Mangel jeder Verantwortlichkeit entsprochen. Denn wenn der Kurator seinen Rat verweigert oder fahrlässig den schlechtesten Rat erteilt, was dann? Mir ist kein Rechtsmittel bekannt, das dem Mündel Schadenersatz hätte verschaffen können, wenn der curator minoris wirklich das war, wofür ihn Solazzi und Partsch ausgeben; insbesondere könnte von einer actio negotiorum gestorum ohne gestio sicherlich keine Rede sein. Ich kann nur wiederholen: mir ist ein solches Rechtsinstitut, praktisch genommen, kaum faßbar. Sehr schwerwiegend ist auch die von Solazzi (S. 133f.) und Partsch (S. 90) nicht bestrittene und in der Tat durch zahlreiche Quellenstellen über jede Anzweiflung erhabene Tatsache, daß der curator mulieris minoris ganz bestimmt Verwaltungsrecht gehabt hat. Das soll eine Besonderheit des curator mulieris gewesen sein. Aber aus keiner einzigen Stelle ist etwas derartiges ersichtlich. Tatsächlich allerdings werden junge Frauen, das begreift sich, häufiger als junge Männer einen curator erbeten haben, und daher wird es kommen, daß wir in den Reskripten des Codex Fragen, die sich auf die Administration und ihre Folgen beziehen, gerade beim curator mulieris relativ häufiger begegnen.

Solazzi, dessen Ausführungen durch Partsch nur ergänzt und teilweise berichtigt werden, beruft sich für seine These auf zweierlei. Einerseits sei die vollkommene Geschäftsfähigkeit des minor pubes in den klassischen Quellen unbestreitbar bezeugt (S. 5f.); auch bei Veräußerungen werde die Unterscheidung zwischen dem minor curatorem habens und dem minor sine curatore constitutus erst von Diokletian gemacht (in der bekannten Stelle C. 2, 21, 3), während in den Zeugnissen der Klassiker die Veräußerungen der Minderjährigen überall einfach als an sich gültig und nur der Restitution ausgesetzt behandelt würden.[1] Selbst die oratio Severi über die Veräußerung

[1]) In D. 26, 7, 32 § 4 hält Solazzi S. 9[5] die Eingangsworte „interposito curatore" für interpoliert. Auffallend ist die Wendung; aber einfach

von Mündelgütern sei in klassischer Zeit auf praedia minorum puberum, auf die sie sich ihrem Wortlaut nach nicht bezog, nicht angewendet worden. Auf der anderen Seite seien alle angeblich klassischen Stellen, worin entweder ausdrücklich dem curator minoris Verwaltungsrecht zugeschrieben oder Entscheidungen gegeben seien, die dies Verwaltungsrecht voraussetzten, interpoliert. Von diesen beiden Positionen ist m. E. die erste nicht zu erschüttern. Sind auch hinsichtlich der Anwendungssphäre der oratio Severi Zweifel möglich (hierüber weiter unten), so scheint mir doch die volle Geschäftsfähigkeit der minores puberes im übrigen nicht zweifelhaft. Aber die Tatsache voller Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen ist für sich allein keineswegs imstande, das Verwaltungsrecht des Kurators zu widerlegen. Die Römer wußten, so gut wie wir, daß junge Leute unter 25 Jahren tausendfach genötigt sind, sich aktiv am Vermögensverkehr zu beteiligen, ohne immer ihren Kurator zuziehen zu können; statt nun, wie unser BGB. in §§ 110. 112. 113, einzelne Fälle herauszugreifen und einer Sonderregelung zu unterwerfen, zogen sie es vor, es allgemein bei der vollen Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen zu belassen und sie lediglich vor der Gefahr unbilliger Benachteiligung durch die bekannten Rechtsmittel — actio und exceptio legis Plaetoriae, in integrum restitutio — zu schützen. Sie überließen es einfach dem Publikum, der Gefahr späterer Anfechtung selber vorzubeugen; das konnte man, indem man in allen Fällen, wo mit einer solchen Gefahr überhaupt zu rechnen war, sich mit dem Minderjährigen nicht ohne weiteres einließ, vielmehr von ihm die Stellung eines Kurators verlangte, damit dieser entweder zustimme oder ihn vertrete.[1]) Im ersten Fall war die Restitution zwar nicht rechtlich, aber, infolge des dem Prätor zustehenden freien Ermessens, tatsächlich in der Regel ausgeschlossen; im zweiten Fall fiel sie, wenigstens wenn es sich um die vertretungsweise

---

zu streichen sind die Worte nicht; sie sollen erklären, wie es möglich war, daß der doch offenbar gezahlte Preis dem Minderjährigen nicht zugute kam. Dies auch gegen Partsch S. 83.

[1]) D. 4, 4, 7 § 2; C. 5, 31, 1.

Übernahme von Obligationen durch den Kurator handelte, m. E. auch rechtlich weg. Befriedigend konnte aber, wie mir scheint, diese ganze Maschinerie doch nur funktionieren, wenn der curator minoris kein bloßer Ratgeber war, sondern das Recht und auch die verantwortliche Pflicht hatte, sich der Angelegenheiten seines Mündels mit allem Fleiße anzunehmen. Freilich kann man nun fragen: ist denn ein Verwaltungsrecht des Kurators mit der vollen Geschäftsfähigkeit des Mündels überhaupt vereinbar? Kann der Kurator verwalten, wenn ihm der Mündel durch beliebige Geschäfte beständig das Konzept zu verderben vermag? Die Sache sieht, meine ich, erheblich schlimmer aus als sie ist. Man darf nie vergessen, daß der minor einen Kurator nur erhielt, wenn er ihn haben wollte, daß also das etwaige Administrieren des Kurators an sich immer seinem eigenen Wunsch und Willen entsprach. Daß ein solcher Wunsch und Wille, wenn auch nicht in der Überzahl der Fälle, so doch gar nicht selten geäußert wurde, ist durchaus zu begreifen. Solazzi (S. 33) fragt freilich, als ob die Antwort nur negativ ausfallen könnte: quale adulto sarà stato così ingenuo da domandare di essere spogliato della libertà di amministrare il suo patrimonio? Aber warum sollte ein Minderjähriger nicht den Verstand haben können, sich, geschäftsunerfahren wie er ist, zu sagen, daß er der Aufgabe der eigenen Verwaltung seines Vermögens nicht gewachsen sei? Es ist wohl nicht allzukühn anzunehmen, daß die Anträge auf Bestellung von Kuratoren hauptsächlich von wohlhabenden Minderjährigen ausgingen. Kommt es nicht vor, daß sogar Volljährige aus gleichem Grunde die Verwaltung ihres Vermögens freiwillig in fremde Hände legen? Und hinzutritt die Erwägung, daß ein junger Mensch, der versuchte selbst zu verwalten, z. B. selbständig das Geschäft seines verstorbenen Vaters weiterzuführen, sicherlich mitunter erfahren haben wird, daß die Aufgabe für ihn unlösbar war, wegen der Abneigung des Publikums, mit ihm in Geschäftsverbindung zu treten. Man darf sich aber weiter auch nicht vorstellen, daß es einem Minderjährigen, der einen administrierenden Kurator hatte, trotz eigener voller Geschäftsfähigkeit gar so leicht gewesen wäre,

dem Kurator in seine Verwaltung hineinzuregieren. Nicht nur, daß dieser jedes nachteilige Geschäft, das der Minderjährige abschloß, wie ich unten wahrscheinlich zu machen suchen werde, mittels in integrum restitutio anfechten konnte: er hatte weiter auch die Kasse in Händen, desgleichen die Urkunden, von ihm empfing der Bankier, der im antiken Geschäftsleben eine so große Rolle spielte, seine Orders, er bestellte die für die Verwaltung erforderlichen Hilfspersonen usw. Das sind für den unternehmungslustigen Mündel recht erhebliche Hindernisse. Geld hat er nur so viel in Händen, als ihm der Kurator gewährt; etwaige Schuldner, um ihre Sicherheit besorgt, weigern sich ihm zu zahlen[1]); der Bankier führt seine Aufträge nicht aus; die Hilfspersonen gehorchen ihm nicht. Da wird ihm seine Geschäftsfähigkeit recht wenig helfen, und der Kurator kann unbesorgt und ungestört seine Verwaltung weiterführen, wohl kaum mehr gestört, als es der curator personarum debilium trotz deren voller Geschäftsfähigkeit war und heute noch ist.

Aber freilich, aus alledem folgt nur, daß ein Administrationsrecht des Kurators denkbar und wahrscheinlich ist, nicht aber, daß er es wirklich besaß. Um dies darzutun, ist es notwendig, die Stellen nachzuprüfen, die dies Administrationsrecht bezeugen, von Solazzi oder Partsch aber, sei es mit Recht oder Unrecht, der Interpolation verdächtigt werden.[2]) Dies Material beschränkt sich, wie sogleich hervorgehoben werden soll, sehr natürlich nicht auf Zeugnisse, die unmittelbar von dem Administrationsrecht handeln; es erstreckt sich vielmehr auf mancherlei andere Materien, die mit dem Administrationsrecht im nahen Zusammenhang stehen, wie z. B. die satisdatio rem adulescentis salvam fore, das privilegium exigendi des Mündels, die Exkusationen u. a. m. Unsere kritische Untersuchung wird auf dies Material in seiner ganzen Ausdehnung einzugehen haben. In erster Linie stehen dabei die Stellen, bei denen die Begründung des Interpolations-

[1]) Vgl. D. 4, 4, 7 § 2.

[2]) Solazzi S. 34f., Partsch S. 80f.

verdachts in Zweifel gezogen werden kann oder muß. Aber auch solche Stellen, hinsichtlich deren ich den Interpolationsverdacht teile, können nicht ganz aus dem Spiele bleiben, deshalb nicht, weil ja unter Umständen schon die Tatsache der Interpolation selbst als Argument für die Postklassizität des Administrationsrechts aufgefaßt werden könnte. Indes muß von vornherein betont werden, daß da, wo nichts vorliegt, als daß an die Seite der ursprünglich allein genannten Tutel nachweislich von Kompilatorenhand noch die cura adulescentis gesetzt worden ist, dies Argument jeglicher Kraft entbehrt. Dergleichen Stellen gibt es sehr viele; sie können für uns alle außer Betracht bleiben; denn diese Art Interpolierung erklärt sich sehr einfach, mögen die curatores adulescentium in klassischer Zeit Administration besessen haben oder nicht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in klassischer Zeit gegenüber der tutela impuberum die cura minorum das weit minder wichtige Institut war. Das beweist für die Zeit vor M. Aurel schon der Umstand, daß diese cura in der nichtjuristischen Literatur überhaupt nicht erwähnt wird. Aber auch in der Zeit nach M. Aurel mußte das Erfordernis eines Antrags des Minderjährigen es mit sich bringen, daß es zur Bestellung eines curator minoris wenn auch im ganzen oft genug, doch nur in einer Minderzahl von Fällen kam. Kein Wunder also, daß die Zahl der Reskripte und Responsen, die sich auf die cura minorum bezogen, gegenüber der der auf die Tutel bezüglichen verhältnismäßig gering war, und wenn nun ein Reskript oder Responsum für die Tutel eine Frage entschied, die für die cura minorum in gleicher Weise zu entscheiden war, so konnte den Kompilatoren nichts näher liegen, als diese erweiterte Anwendbarkeit durch eine leichte Interpolation klarzustellen, ohne daß entfernt daraus geschlossen werden dürfte, daß hier gegenüber dem klassischen Recht eine Neuerung vorliege. Aber weiter: auch das prätorische Edikt enthielt zwar einen Titel de tutelis, aber — aus Gründen, die hier dahingestellt bleiben können — keinen de curationibus, und ebenso sehen wir aus den Resten der Sabinuskommentare, daß hier die Erörterung der Tutel durchaus im Vorder-

grund stand, die Fälle der cura höchstens einmal nebenbei oder anhangsweise berücksichtigt wurden. Wohl werden die Kommentatoren da und dort darauf aufmerksam gemacht haben, daß gewisse Ergebnisse auch für die cura Geltung hätten; in den Einzelentscheidungen aber wird in der Regel nur von der Tutel die Rede gewesen sein. Dasselbe Bild müssen auch die Monographien geboten haben, die sich auf der Tutel und der cura gemeinsame Lehren bezogen. Gesetzt z. B., daß die Mehrzahl der Exkusationsgründe gleichermaßen für Tutel und cura — sei es für cura überhaupt, sei es auch nur für gewisse Arten der cura — Geltung hatten, so wäre es doch eine unerträgliche Pedanterie, ja eine stilistische Unmöglichkeit gewesen, wenn die Schriftsteller, die die Lehre erörterten, nun seitenlang immerfort von tutor vel curator, impubes vel adulescens usw. gehandelt hätten; der gewiesene Weg für sie war vielmehr, die Erörterung in der Hauptsache auf die Tutel zu beschränken, der cura aber nur gelegentliche Anmerkungen zu widmen. Kam nun der Veranstalter einer Kompilation über solche Schriften, so mußte er offenbar, auch wenn er den einzelnen Exzerpten lediglich die von den Schriftstellern selbst beabsichtigte Tragweite geben wollte, notwendig interpolieren.[1]) Aus solchen Interpolationen kann also ganz und gar nicht auf abweichendes klassisches Recht geschlossen werden.

Dazu noch eines. Sowohl von Solazzi wie von Partsch (S. 86) wird großes Gewicht darauf gelegt, daß in manchen, übrigens nicht allzu zahlreichen Stellen, wo von Rechtssätzen gehandelt wird, die mit dem Verwaltungsrecht zusammenhängen, nur der curator furiosi oder prodigi genannt wird, nicht aber der curator adulescentis; daraus

[1]) Das gilt auch von vorjustinianischen Kompilationen. Wenn daher Albertario recht haben sollte, der neuerdings Interpolationen dieser Art in den fr. Vat. nachzuweisen versucht hat (lo sviluppo delle excusationes 1912), so hüte man sich, daraus die Berechtigung zu der allgemeinen Annahme abzuleiten, daß die Schriften der Klassiker schon vor Justinian Gegenstand zahlreicher Interpolationen beliebigen Inhalts gewesen seien. Die Interpolationsvermutungen Albertarios bedürfen übrigens m. E. der sorgfältigsten Nachprüfung. Einzelne darunter werden im folgenden zu besprechen sein.

wird dann gefolgert, daß in anderen gleichartigen Stellen, wo auch letzterer erwähnt wird, diese Erwähnung interpoliert sei. Ich halte das für voreilig. Es gibt schon zu denken, daß in gewissen unter diesen Stellen auch der zweifellos verwaltungsberechtigte curator prodigi und in allen der curator bonorum vermißt wird. Die cura furiosi ist offenbar auch für die Klassiker der weitaus wichtigste Fall der cura und steht daher überall im Vordergrund der Betrachtung. Sodann bleibt es allerdings eine offene Frage, ob das Verwaltungsrecht des Kurators des vollkommen handlungsfähigen adulescens in allen Punkten dem des curator furiosi prodigive an Umfang gleichstand. Wir werden unten sehen, daß der curator minoris zur prozessualen Aktivvertretung seines Mündels in der Regel nicht befähigt war. Das macht es m. E. auch recht zweifelhaft, ob wir, auch wenn wir sonst das Verwaltungsrecht des curator minoris anerkennen, z. B. annehmen dürfen, daß das pactum de non petendo des Kurators dem minor gegenüber wirksam war, ob ferner der Kurator das Recht besaß, durch Eideszuschiebung eine Entscheidung über Angelegenheiten des minor herbeizuführen, gerade Fälle, wo wir in den Quellen neben dem curator furiosi und prodigi den curator adulescentis nicht genannt finden.[1])

Dies vorausgeschickt gehen wir nunmehr zur Prüfung der einzelnen Zeugnisse über.

I. Das Administrationsrecht des Kurators.

Wir beginnen mit den Stellen, die die administratio des curator minoris unmittelbar bezeugen.

Ulp. 26 ad Sab. D. 1, 7, 17 pr.

> Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti quinque annis sit qui adrogatur, ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat.

Die Stelle bezieht sich, wenn echt, zweifellos auf den curator minoris, von dessen „administratio“ also hier die Rede wäre. Solazzi (S. 34f.) hält aber die Worte

[1]) D. 2, 14, 28 § 1; 12, 2, 17 § 2.

„vel curam“ für interpoliert, weil „curam administrare“ sonst nur in interpolierten Stellen vorkomme, nämlich[1]) in D. 3, 1, 1 § 6; 4, 4, 11 § 2; 4, 4, 47 § 1; 5, 1, 19 § 1; 27, 4, 1 § 3; 37, 9, 1 § 22; 48, 10, 1 § 12. Die Klassiker sprächen nicht von „curam“, sondern von „negotia“ oder auch „res administrare“ (S. 34 f.). Im Nachtrag (S. 297) wird hinzugefügt, daß curam administrare allerdings auch in dem unverfälschten Vat. 201 und in dem wenigstens möglicherweise unverfälschten D. 26, 10, 3 § 3 vorkomme, aber sich da auf die cura mulieris und cura ventris beziehe, Fälle der cura, in denen Solazzi das Administrationsrecht nicht bestreitet. Bei diesem Nachtrag hat er aber vergessen, daß er die Echtheit des „vel curam“ in D. 1, 7, 17 pr. lediglich mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Klassiker bestritten hatte, der von „curam administrare“ nichts wisse. Dieses sprachliche Argument wird aber selbstverständlich durch jede echte Stelle widerlegt, wo die Wendung vorkommt, einerlei um welche Art der cura es sich dabei handelt. Übrigens findet sie sich auch in Vat. 187 (cura kalendarii), D. 50, 5, 14 § 1 (cura operis), zwei sicher echten Stellen, und was Solazzi ebenso anstößig sein müßte, curationem administrare in Vat. 231 und D. 27, 1, 30 § 1. So besteht m. E. keinerlei ausreichender Grund, die Worte vel curam in D. 1, 7, 17 pr. zu beanstanden. —

In D. 4, 4, 11 § 2 berichtet Ulpian ausführlich über einen Fall, wo Minderjährige gegen die zu Unrecht erfolgte Exkusation ihres Kurators Restitution begehrten; schließlich wurde entschieden, Restitution sei zwar nicht statthaft, „sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus“. Ist die Stelle echt, so liefert sie unwiderleglichen Beweis für das bestrittene Administrationsrecht. Sprachliche Anstände bietet sie nicht. Nach Solazzi (S. 36) soll sie gleichwohl interpoliert sein und sich ursprünglich auf die Tutel bezogen haben. Diese Annahme wirft aber den ganzen Tatbestand der Stelle über den Haufen; denn als Antrag-

[1]) Den Nachträgen bei Solazzi S. 297 hinzuzufügen: C. 2, 4, 4; 5, 37, 14.

steller sind zwar adulescentes, nicht aber impuberes denkbar. Gestützt wird die Annahme lediglich darauf, daß die Minderjährigen für die Behauptung, die Exkusation sei unrechtmäßig erfolgt, sich darauf berufen, daß nach Kaiserkonstitutionen eine Exkusation von der Tutel aus solchem Grunde nicht hätte stattfinden dürfen (cum enim susceptam tutelam non alii soleant deponere quam usw.). Dies Argument ist indes ganz zutreffend, da die weitaus meisten Exkusationsgründe zuerst bei der Tutel Anerkennung fanden und von da aus auf die cura erstreckt wurden. Es ist m. E. kein Wort in der Stelle zu ändern. —

Paul. 1 quaest. D. 4, 4, 32:

> Minor viginti quinque annis adito praeside ex aspectu corporis falso probavit perfectam aetatem: curatores cum intellexissent esse minorem perseveraverunt in administratione: medio tempore post probatam aetatem ante impletum vicensimum quintum annum solutae sunt adulescenti pecuniae debitae easque male consumpsit. quaero cuius sit periculum: et quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, ut putarent maiorem esse, et abstinuissent se ab administratione, curationem etiam restituissent, an periculum temporis, quod post probatam aetatem cessit, ad eos pertineat? respondi: hi qui debita exsolverunt liberati iure ipso non debent iterum conveniri. plane curatores, qui scientes eum minorem esse perseveraverunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas et debebunt hoc nomine conveniri. quod si et ipsi decreto praesidis crediderunt et administrare cessaverunt vel etiam rationem reddiderunt, similes sunt ceteris debitoribus, ideoque non conveniuntur.

Die Stelle, wenn echt, beweist natürlich die Administrationspflicht der Kuratoren. Meines Erachtens enthält sie, abgesehen von dem Schlußpassus (worüber unten), eine sichere übrigens unbedeutende Korruptel nur in dem Passus: quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, wo das letzte Wort nicht am Platze ist.

Diese Korruptel sieht mir aber — sinnlos, wie das perseverassent hier ist — weit eher nach einem Schreiberversehen aus als nach Interpolation.[1] Solazzi (S. 37f.) seinerseits läßt in der Stelle kaum einen Stein auf dem andern. Er nimmt trotz C. 2, 42, 3 Anstoß an der hier bezeugten probatio aetatis ex aspectu corporis. Die Feststellung der Volljährigkeit, so meint er, ex aspectu corporis wäre für die Magistrate eine schwere Aufgabe gewesen. So nimmt er denn an, im Urtext sei gar nicht davon, sondern von einer probatio pubertatis und von einer Komplikation die Rede gewesen, die sich aus der bekannten Schulkontroverse über den Pubertätstermin ergeben habe. Hiergegen hat sich mit Recht schon Partsch (S. 79) erklärt. Seinen Ausführungen möchte ich hinzufügen, daß eine so gewalttätige und zugleich in so gutem Latein durchgeführte Interpolation beispiellos sein dürfte.[2] Was insbesondere die probatio maioris aetatis ex adspectu corporis angeht, so ist sie nicht nur in C. 2, 42, 3 (von Alexander) bezeugt, welche Stelle Solazzi (S. 39[1]) mit ungenügender Begründung beiseite schiebt[3]), sondern auch im C. Gregor. 2, 3, 1 (von Philippus):

> .... si ad circumveniendum emptorem mentitus aetatem ex adspectu te maiorem annis probari effecisti ....

In der Tat: nach welchen sonstigen Kriterien hätten denn die römischen Magistrate einen Streit über die Voll-

[1]) Vielleicht stand im Original versantes, und der Schreiber, der noch das kurz zuvor geschriebene perseveraverunt im Ohre hatte, kam durch die Klangähnlichkeit auf perseverassent. Das et hinter esse wäre dann in Konsequenz des Fehlers hinzugefügt worden. Oder stand: versati essent?

[2]) Auch „curationem restituere" ist, ebenso wie „tutelam restituere" eine sprachlich tadellose Wendung. Solazzi verdächtigt beide m. E. mit Unrecht. Daß einzelne Stellen, worin die Wendungen vorkommen, interpoliert sind, gebe ich zu, beweist aber nicht die durchgängige Interpolation. Insbesondere ist tutelam restituere in D. 26, 7, 7 § 15 und 28 § 1 m. E. ganz sicher echt.

[3]) Trattandosi di una donna, non si può pensare ad un vero esame corporale. Die Frage ist aber nur, ob eine probatio ex adspectu vorkam, nicht wie dabei verfahren wurde. In dem oben zitierten Reskript des Philippus ist übrigens der Adressat männlichen Geschlechts.

jährigkeit entscheiden sollen, wenn sich der Geburtszeitpunkt nicht erweisen ließ, was trotz der vorgeschriebenen professiones liberorum oft genug vorgekommen sein wird? Daß eine solche Entscheidung unsicher sei, werden sie sich selbst nicht verhehlt haben. Wenn Solazzi dann noch fragt, wie die Kuratoren den volljährig Erklärten hätten verhindern können, seine Forderungen einzutreiben (non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas), so dürfte zu diesem Behuf eine einfache Warnung an die Schuldner genügt haben. Anders sucht Partsch (S. 78) der Stelle beizukommen. Er meint, alles, was sich darin auf die Kuratoren beziehe, sei unklassisch; nach klassischem Recht habe der Kurator sein Amt nur durch die magistratische Ernennung und müsse es daher durch die magistratische probatio aetatis verlieren. Das scheint mir keineswegs ausgemacht. Gewiß, der gutgläubige Kurator wurde von der Verantwortlichkeit frei; aber daß man einen administrationspflichtigen Kurator, der, sein besseres Wissen verhehlend, ein solches erschlichenes Dekret benutzte, um sich der unbequemen Last zu entledigen, einfach laufen ließ, dies scheint mir eher unwahrscheinlich, und mindestens ist eine darauf bezügliche Anfrage durchaus verständlich, und wenn Partsch das „intellexissent esse minorem" und das „putarent maiorem esse" wegen des fehlenden Subjektsakkusativs eum sprachlich bemängelt, so hat schon Kalb[1]) darauf hingewiesen, daß derartige Weglassungen bei den Klassikern keineswegs selten sind. Fraglich scheint mir nur, ob die auf die Kuratoren bezüglichen Entscheidungen ganz in diesem Wortlaut von Paulus herrühren.[2]) Sie mögen aus einer umfangreicheren

[1]) Roms Juristen S. 96f., Spezialgrammatik S. 282.

[2]) Vgl. dazu Partsch S. 79. Solazzi beanstandet noch die Worte „qui scientes eum minorem esse perseveraverunt in eodem officio". Er meint, es sei doch eine seltsame Belohnung für die so bewiesene Diligenz der Kuratoren, daß man sie nun verantwortlich mache. Aber „perseverare" muß hier nicht ein freiwilliges Ausharren, es kann ebenso einfach das gesetzliche Verbleiben im Amte bedeuten. Vgl. z. B. D. 26, 5, 25; 26, 7, 37 § 2. Auch sonst findet sich perseverare sehr oft gleichbedeutend mit permanere gebraucht, z. B. in furore perseverare (33, 2, 32 § 6), bonorum esse perseverare (49, 15, 12 § 1) und ähnl.

Erörterung, wie sie in einem Quästionenwerk am Platz war, ungeschickt exzerpiert sein. Sachlich anstößig sind sie nicht. —

Ulp. 5 opin. D. 12, 1, 26:

Si pecuniam militis procurator eius mutuam dedit fideiussoremque accepit, exemplo eo quo si tutor pupilli aut curator iuvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi cuius pecunia fuerit placuit.

Für die Annahme einer Interpolation (Solazzi S. 40, Partsch S. 81) in dieser Stelle spricht gar nichts[1]), gegen sie das tadellos elegante Latein. Dann aber beweist auch sie, daß der Kurator Verwaltungsrecht hatte. —

Ulp. 27 ad ed. D. 13, 5, 5 § 9:

Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adulescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adulescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem.

Die Frage, ob die Erwähnung des curator adulescentis in dieser Stelle auf Justinian zurückzuführen ist[2]) oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Gehörte sie schon dem Klassiker an, so bezeugt sie das Administrationsrecht; ließ der Klassiker den curator adulescentis aus, so muß darauf hingewiesen werden, daß auch der curator prodigi übergangen ist, der doch zweifellos Administrationsrecht besaß. —

Weiterhin bezeugen zwei Stellen Ulpians — D. 14, 3, 5 § 18 und 15, 4, 1 § 9 —, daß der curator adulescentis

---

[1]) Auch dann nicht, wenn man mit Solazzi annimmt, daß die actio utilis der Mündel aus Geschäften des Vormundes an gewisse hier nicht genannte Bedingungen geknüpft war. Vgl. Solazzi S. 41 und Bullett. 22 S. 43f. Ich halte übrigens auch dafür den von Solazzi angetretenen Beweis für nicht geführt. Daraus, daß der Vormund nicht ohne Not persönlich stipulieren soll — D. 26, 7, 9 pr. —, folgt m. E. nicht, daß, wenn er es, ohne Not, getan hat, die actio utilis ausgeschlossen ist.

[2]) Solazzi, Bullett. 22 S. 60, Partsch S. 87.



seinen Mündel durch praepositio institoris und durch iussum verpflichten konnte, was ohne Administrationsrecht undenkbar ist. Durchschlagende Verdachtsgründe gegen diese Zeugnisse sind von Solazzi (S. 127) nicht beigebracht. —

Paul. 33 ad ed. D. 18, 1, 34 § 7:

> Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.

Solazzi (S. 42) meint: „il neutro ‚similia‘ non piace dove si tratta di persone poste in condizioni simili al tutore“ und schlägt vor zu lesen: „idemque porrigendum est ad procuratores et qui negotia aliena gerunt.“ Natürlich: er muß sich gegen die Stelle wehren; denn das Verbot zu kaufen ist Konsequenz des Administrationsrechts.[1]) Meines Erachtens wird „similia“ verdächtig nur durch die nachfolgende mit id est eingeleitete Erläuterung, die sehr wahrscheinlich ganz und gar Glossem oder Interpolation ist. Gerade allein nur die Erwähnung der Kuratoren zu streichen hat man Grund nur, wenn man die These Solazzis ohnehin für bewiesen hält. Die Stelle beweist nichts für und freilich auch nichts gegen diese These. —

Modest. 6 excus. D. 19, 2, 49:

> *Οἱ ἐπίτροποι γενόμενοι ἢ κουράτορες πρὶν ἐκτίσαι τὰ τῆς κηδεμονίας μισθωταὶ Καίσαρος γενέσθαι κωλύονται· κἂν τις ἀποκρυψάμενος τοῦτο προσέλθῃ τῇ μισθώσει τῶν τοῦ Καίσαρος χωρίων, ὡς παραποιήσας κολάζεται· τοῦτο ἐκέλευσεν ὁ αὐτοκράτωρ Σεβῆρος. Κατὰ ταῦτα δὲ καὶ οἱ χειρίζοντες ἐπιτροπὰς ἢ κουρατορίας εἰσὶν κεκωλυμένοι μισθοῦσθαι καὶ παρὰ τοῦ ταμιείου χωρία.*

Solazzi (S. 43) folgert hier die Interpolation nur aus der Wortstellung: der Zusatz von *ἢ κουράτορες* verrate sich dadurch, daß die Worte hinter und nicht vor *γενόμενοι* stünden. Das Argument ist schwach. Meinem Ohr klingt der Rhythmus von „*ἐπίτροποι ἢ κουράτορες γενόμενοι*“ hart, härter als der im überlieferten Text;

[1]) D. 18, 1, 46; 26, 8, 6.

täusche ich mich darin nicht, so würde damit die Wortstellung erklärt sein.[1]) Wäre aber auch die Erwähnung der cura hier auf Interpolation zurückzuführen, so wäre damit für die uns beschäftigende Frage nichts bewiesen; dann hätte eben Modestin hier nur von der Tutel gehandelt und sämtliche Kuratoren, auch die unbestritten administrierenden, übergangen. —

Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 21, 1, 31 § 14:

> Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit ceterisque, qui ex officio pro aliis interveniunt: et ita Pedius ait, et adicit, quibus administratio rerum[2]), culpam abesse praestare non inique dominum cogi.

Nach Solazzi (S. 43), dem Partsch (S. 85[1]) beistimmt, soll hier entweder „et curatore“ interpoliert oder hinter curatore die Spezifizierung „furiosi prodigive“ ausgefallen sein. Die Stelle an sich gibt keinen ausreichenden Grund zu dieser Annahme. —

Tryphon. 9 disp. D. 23, 2, 67, 4:

> Et si quis curator ventri bonisque datus sit, prohibitionem eiusdem senatus consulti inducit: nam et hic debet rationem reddere. nec spatium administrationis movere nos debet, quia nec in tutore [nec curatore] discrimen maioris aut minoris temporis, quo in huiusmodi munere quis fuerit, habitum esse.[3])

Die eingeklammerten Worte sind gewiß interpoliert, und Solazzi (S. 43f.) hat es wahrscheinlich gemacht, daß das Senatuskonsult, das unter M. Aurel und Commodus die Ehe zwischen dem Vormund und der gewesenen Mündel verbot, sich überhaupt nur auf den Tutor, nicht auf den Kurator bezog, und daß das Verbot erst später auch auf diesen erstreckt wurde. Nicht verständlich ist aber, was dies Ergebnis für die uns beschäftigende Frage bedeuten

[1]) Man vergleiche im aedilicischen Edikt die Wortstellung: emptoris opera familiae procuratorisve eius.

[2]) committitur, eorum *ins.*

[3]) est *Mommsen.*

soll. Denn Solazzi selbst nimmt, wie schon erwähnt, gewiß mit Recht an, daß der curator mulieris jedenfalls ganz zweifellos administratio hatte. Wenn das Senatuskonsult sein Verbot auf den Tutor beschränkte, so kann der Grund dafür doch nicht der gewesen sein, daß den Kuratoren männlicher Minderjähriger das Administrationsrecht fehlte. —

Ganz und gar erledigt ist die neue Lehre, wenn echte Überlieferung ist, was wir als Äußerung Ulpians (37 ad Sab.) in D. 26, 1, 3 pr. § 1 lesen:

> Qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, sive non habent et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat. Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi et si minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum. et ita definiemus ei, quem aetas curae vel tutelae subicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem, et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit, cum magis aetati quam dementiae tantisper sit consulendum.

Wenn der curator adulescentis so, wie hier entschieden, den curator furiosi ersetzen konnte, muß er offenbar administratio besessen haben. Es versteht sich daher, daß Solazzi (S. 137 f.) den § 1 nicht als echt gelten lassen kann. Nun bin ich keineswegs der Meinung, jedes Wort des Berichts in Schutz nehmen zu wollen. Qui habet tutorem im Eingang ist überflüssig, und der Singular paßt nicht zu den folgenden Pluralen coeperint, sunt, durent; wahrscheinlich sind die Worte ein aus dem weiter unten folgenden „si tutores habent" vorgeholtes Ein-

schiebsel (Glossem oder Interpolation).[1]) Die Worte „ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat“ sind überflüssig und mögen eine Glosse (zu „eoque iure utimur“) sein. Dasselbe gilt von „quasi aetatis esset impedimentum“. Endlich der Satz „et ita definiemus — curatorem“ unterbricht in ungeschickter Weise den Zusammenhang zwischen „putavi“ und „et ita rescripsit[2]) und enthält lediglich eine rekapitulierende Zusammenfassung des bereits Gesagten, wie sie eher einem glossierenden Interpreten als Ulpian zuzutrauen ist. Für die Annahme weiterer Korruptelen sehe ich keinen ausreichenden Grund[3]), und tadellos scheint mir vor allem der für uns allein wichtige Eingang und Schluß des § 1, der Bericht Ulpians über die von ihm geäußerte Meinung, daß dem minor furiosus ein curator adulescentis, nicht furiosi, zu bestellen sei, und über das diese Meinung bestätigende Reskript Caracallas. Man fragt sich vergebens, was die Kompilatoren, wenn sie doch einmal interpolieren wollten, hätte veranlassen können, dergleichen Dinge zu erfinden, fragt sich insbesondere vergebens, welchen Inhalt das Reskript Caracallas gehabt haben soll, wenn es den ihm hier zugeschriebenen nicht gehabt hätte. Was Solazzi zugunsten der Annahme einer Interpolation beibringt, ist keineswegs durchschlagend. Daß der curator minoris sonst nur auf Antrag des minor bestellt wurde, ist richtig; aber sehr verständlich würde es sein, wenn der Prätor beim minor furiosus, der doch unter allen Umständen einen curator haben mußte, von diesem Antrag absah. In D. 27, 10,

---

[1]) Umgekehrt meint Solazzi S. 139[3], „si tutores habent“ sei una sequela dell' inserzione di „qui habet tutorem“.

[2]) Vgl. schon Beseler, Beiträge 2 S. 75.

[3]) Insbesondere scheint mir ohne Belang, was S. a. a. O. gegen die Echtheit des Satzes „quare si“ bis „poterunt“ vorbringt. „Si noti il sive senza corrispondente“: aber si — sive ist klassischstes Latein. „La frase furor accesserit“: aber accedere mit bezug auf Krankheiten ist geradezu technischer Ausdruck, vgl. Thes. l. Lat. I col. 263. „Sive non habent et furor eis accesserit: prima è la mancanza dei tutori e poi sopravviene la pazzia“: aber jene mancanza besteht auch noch nach dem Eintritt des furor, in der Gegenwart, bis zu dem erst in der Zukunft möglichen tutores accipere; das Präsens habent ist also ganz richtig.

16pr. aus Tryph. 13 disp.[1]) mögen die Worte „quamquam maiori annorum viginti quinque“ interpoliert sein; aber daraus folgt nicht, daß der Kurator, den der Prätor dem furiosus pubes (bei dem gerade dann an einen minor zu denken wäre) bestellt „secutus patris voluntatem“, ein curator furiosi sein mußte; außerdem ist die naheliegende Möglichkeit ins Auge zu fassen, daß die Meinungsäußerung Ulpians und das sie bestätigende Reskript Caracallas jüngeren Datums sind als das 13. Buch der Disputationen Tryphonins.[2]) Solazzi beruft sich nun freilich für die Annahme einer Interpolation weiter noch auf die schon früher von Arnò[3]) entwickelten Gründe, nach denen die Ernennung eines curator adulescentis für den minor furiosus völlig ausgeschlossen sei. Allein auch die Argumentation Arnòs ist nichts weniger als überzeugend. Das Hauptgewicht legt er auf den Unterschied, der in klassischer Zeit zwischen dem völlig handlungsfähigen minor und dem völlig handlungsunfähigen furiosus bestand. Wenn aber die curatores adulescentium, wie wir glauben, Administrationsrecht hatten, so sehe ich nicht ein, inwiefern jener Unterschied für unsere Frage bedeutsam sein soll; bedeutsam wäre er nur dann, wenn durch die Bestellung eines curator adulescentis für den minor furiosus die rechtliche Wirkung seiner Geisteskrankheit aufgehoben würde, was meines Wissens noch von niemandem behauptet worden ist. Arnò führt ferner an (S. 325), daß der curator adulescentis, anders als der curator furiosi, sich nicht um die Person seines Mündels habe zu kümmern brauchen: aber ist es wirklich allzu verwegen, zu unterstellen, daß die römische Obervormundschaft dem curator eines adulescens, wenn dieser geisteskrank war, in dieser Richtung die Pflichten eines curator furiosi auferlegte? Endlich zieht

[1]) Si furioso puberi, quamquam maiori annorum XXV, curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto divi Marci continetur.

[2]) Deren lib. 10 ist noch bei Lebzeiten Getas geschrieben, Ulpians libri ad Sab. zwischen 211 und 217. Vgl. Fitting, Alter und Folge der Schr. röm. Jur.[2], S. 80. 111f.

[3]) Arch. giur. 71 S. 324f.

Arnò (S. 325. 345) für seine These auch noch den Schluß von fr. 3 pr. cit. an: quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat; habe man die 12 Tafeln so verstanden, so könne Ulpian nicht eine noch weitergehende einschränkende Interpretation verteidigt haben, dahin, daß sie auch auf puberes minores nicht zu beziehen seien. Das leuchtet durchaus nicht ein. Jene erste Einschränkung war allgemein anerkannt und wird in diesem Sinn von Ulpian referiert; die zweite äußert er als eine bloße eigene Meinung (putavi). Das ist kein Widerspruch, ist vielmehr durchaus verständlich und ist dies um so mehr, wenn wir erwägen, daß die Stelle dem Sabinuskommentar entstammt. Sehr wahrscheinlich entsprach der von Q. Mucius gebilligte Satz auch der Meinung des Sabinus, und mit ihr und ihrer Begründung beschäftigt sich das pr. Im § 1 geht dann Ulpian zu der von ihm, wie es scheint, zuerst vorgeschlagenen Erweiterung über.

Fehlt es so an haltbaren Gründen für die Interpolationsannahme, so müssen wir nun auch weiter fragen: was hätte die Kompilatoren zu einer derartigen Interpolation veranlassen können? Hatten sie irgendeinen praktischen Grund dafür, der nicht schon für Ulpian bestand? Daß die bloße Tatsache der im späteren Recht vollzogenen relativen Annäherung der cura minorum an die tutela impuberum — eine Tatsache, auf die Arnò hinweist — hier eine Rolle gespielt habe, daß also eine Rechtsänderung nur zu dem rein theoretischen Zweck vorgenommen worden wäre, cura minorum und tutela impuberis auch hier zu harmonisieren, ist wenig wahrscheinlich. Sucht man nun nach praktischen Rücksichten, die die Ersetzung der cura furiosi durch die cura adulescentis wünschenswert erscheinen lassen konnten, so möchte man vor allem an die schweren Übelstände denken, die die cura legitima des nächsten Agnaten deshalb mit sich bringen mußte, weil sie ohne vorgängiges Entmündigungsverfahren und in klassischer Zeit überhaupt ohne Intervention der Obrigkeit eintrat. Das war aber eine Erwägung, die gerade nur für Ulpian, nicht aber für die Kompilatoren bestim-

mend gewesen sein könnte; denn im Justinianischen Recht bedarf bekanntlich auch der curator furiosi einer obrigkeitlichen creatio.[1]) Für die Kompilatoren konnten etwa die Schwierigkeiten ins Gewicht fallen, die sich daraus ergaben, daß die cura furiosi von selbst in dem Moment endigte, wo die Geisteskrankheit erlosch. Wie schwer es ist, diese letztere Tatsache mit Sicherheit festzustellen, kann den Römern ebensowenig wie uns verborgen geblieben sein. Daß das Schicksal der cura während der dilucida intervalla kontrovers war, sagt uns Justinian selbst.[2]) Man würde sehr wohl verstehen, daß man wenigstens für Minderjährige diese Unsicherheiten durch Einsetzung einer dauernden cura adulescentis unschädlich zu machen suchte.[3]) Aber auch das war ein Motiv, das, wenn es maßgebend war, offenbar ebenso auch schon für Ulpian bestand, und so sehe ich keinerlei Grund, warum wir die fragliche Neuerung eher den Leuten Justinians als Ulpian selbst zutrauen sollen.

Nur ergänzend füge ich noch hinzu, daß schon der westgotische Gaius 1, 8 auf dem Standpunkt steht, den Solazzi den Kompilatoren zuschreibt: sub curatore sunt minores aetate, maiores eversores insani. Großes Gewicht messe ich dem nicht bei; denn hinge das angebliche Emblem bei Ulpian mit einer inzwischen erfolgten Rechtsänderung zusammen, so könnte diese auch auf die Redaktoren der epitome eingewirkt haben. —

Modest. 1 excus. D. 26, 5, 21, 1:

Ἐὰν μήτηρ ἐπὶ ταύτῃ τῇ αἱρέσει γράψῃ υἱοὺς κληρονόμους, ἐὰν ἀπολυθῶσι τῆς τοῦ πατρὸς ἐξουσίας, ἀπολυθέντων τούτων καὶ διὰ τοῦτο κληρονομησάντων αὐτὸς ὁ πατὴρ κουράτωρ χειροτονηθῆναι οὐ δύναται, κἂν βούληται, ἵνα μὴ ἄλλῃ ὁδῷ τοῦτο ὅπερ οὐκ ἠβουλήθη ἡ διαθεμένη γένηται. καὶ τοῦτο οὕτως ὑπὸ τοῦ θείου Σεβήρου νενομοθέτηται.

Wenn die Mutter ihre Söhne unter der Bedingung, daß der Vater sie emanzipiere, zu Erben eingesetzt hat, kann der Vater, der sie daraufhin emanzipiert hat, nicht

[1]) C. 5, 70, 7 § 6. [2]) C. 5, 70, 6.
[3]) Vgl. auch Arnò a. a. O. p. 339.



zu ihrem Kurator ernannt werden, damit der Wille der Mutter nicht umgangen werde. Die Stelle setzt augenscheinlich voraus, daß der Vater, wenn er Kurator würde, auch Administrationsrecht hätte; sie ist für Solazzis Lehre tötlich. Um sie zu beseitigen, nimmt er (S. 51) an, die emanzipierten Söhne seien noch unmündig gewesen; sonst hätte sich, meint er, gar keine Schwierigkeit ergeben. Die habe nur darin gelegen, daß der parens manumissor gesetzlicher Tutor der emanzipierten Unmündigen gewesen sei. Da man ihm diese Tutel nicht habe nehmen können, habe man die Verwaltung einem Kurator übertragen und zugleich den Vater von dieser cura ausgeschlossen. Mir scheint diese Unterstellung, die im Wortlaut der Stelle nicht den geringsten Anhalt hat, ganz unmöglich. Wären die Söhne noch unmündig gewesen, so würde nichts zu der Annahme berechtigen, daß die Mutter mehr wollte, als den Anfall der Erbschaft an den Vater verhindern. Nur weil sie mündig waren und also, sobald sie emanzipiert waren, das ihnen angefallene Erbe selber zu verwalten berechtigt waren, so lange sie sich keinen Kurator erbaten, war der Schluß gestattet, die Mutter habe auch die Verwaltung des Vaters nicht gewollt, und darum soll ihnen, wenn sie sich einen Kurator erbitten, der Vater nicht als solcher aufgenötigt werden. Mit welchem Recht man den Vater unmündiger Kinder, der sich dem Emanzipationswunsch der Mutter gefügt hatte, der Vollgewalt seiner gesetzlichen Tutel hätte berauben können, ist nicht abzusehen. —

Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 3 pr.:

Si plures curatores dati sunt, Pomponius libro sexagesimo octavo ad edictum scripsit ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est: nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, praetor uni eorum curationem decernet ratumque habebit, quod per eum sine dolo malo gestum est.

Solazzi (S. 52) meint, im Eingang sei „curatores" für „tutores" interpoliert; der Jurist schließe vom Fall einer Mehrheit von curatores furiosi auf den einer Mehrheit von tutores; erst durch die Aufdeckung der Interpolation

erscheine die Argumentation recht passend. Ich bin vom Gegenteil überzeugt: ein derartiger Schluß wäre im höchsten Grad auffallend. Denn der Fall mehrerer Tutoren beschäftigte die römische Praxis, wie aus den Quellen ersichtlich, alle Tage, sicher weit häufiger als der der plures curatores furiosi; er war sogar im Edikt geregelt, der der plures curatores nicht. Wie sollte man auf den Gedanken kommen, von diesem auf jenen zu schließen? Vielmehr war im Eingang sicher von Kuratoren, nur von Kuratoren anderer Art, wahrscheinlich von curatores minorum die Rede, eine Beziehung, die aus der uns nicht erhaltenen, vorausgegangenen Erörterung klar erhellt haben wird, und zur Unterstützung der hier getroffenen Entscheidung wird darauf verwiesen, daß auch in furiosi curatoribus (man beachte die Voranstellung des furiosi) der Prätor einem die Verwaltung zu übertragen pflege. —

Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 5 § 6:

> Post completum vicesimum quintum annum aetatis si nondum rationes redditae sunt nec ad causam instrumenta pertinentia, fidei ac verecundiae curatorum convenit, ut consilio suo coeptam litem perficiant. si igitur cessent in his quae constituta sunt faciendis, magis puto sufficere negotiorum gestorum iudicium etiam si iam actum est, si tamen huius rei ratio reddita non est.

Auch hier vermutet Solazzi (S. 52) Interpolationen: nicht von Kuratoren, sondern von Tutoren habe das Original gehandelt; im Eingang habe statt „vicesimum quintum“ gestanden: „decimum quartum“, und weiter sei hinter „si iam“ ausgefallen „tutelae iudicio“. Das kann nur billigen, wer von vornherein von der Richtigkeit der Lehre Solazzis überzeugt ist. Wozu eine derartige Interpolation, da doch die Entscheidung für das tutelae iudicium gewiß weit eher auf Skrupel stoßen konnte, als für die n. g. actio? Die Erörterung steht in engem Zusammenhang mit der des analogen Falls in § 5: dem, was in § 5 über die Tragweite des tutelae iudicium gesagt war, wird in § 6 der Fall des iudicium negotiorum gestorum gegenübergestellt. „Etiam si iam actum est“ heißt: auch

wenn Litiskontestation mit actio n. g. bereits stattgefunden hat. Dieser weitere Anspruch ist dadurch nicht konsumiert. —

Callistr. 4 cogn. D. 26, 7, 33 § 1:

> Officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit ideoque omnia negotia quae inita sunt, ad fidem curatorum pertinent: idque etiam divus Marcus cum filio suo Commodo rescripsit.

Diese für seine These sehr bedenkliche Stelle beseitigt Solazzi (S. 55) durch die Vermutung, der Originaltext habe etwa gelautet:

> Officium tutorum pupillis puberibus factis finem accipit, sed omnia negotia quae inita sunt ad fidem tutorum pertinent *rell.*

Die Begründung dieser recht weitgehenden Konjektur ist m. E. keineswegs ausreichend. Ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß der überlieferte Text nicht besagen will (so deutet ihn Solazzi[1]), die Amtspflicht der Tutoren endige immer erst, wenn Kuratoren ernannt seien: daß, so lange die Ernennung von Kuratoren vom Antrag der Minderjährigen abhing, ein solcher Satz unmöglich war, liegt freilich auf der Hand. Der Text besagt bloß und will nur besagen —, daß, wenn und sobald Kuratoren ernannt seien, das officium tutoris seine Endschaft erreiche und die Kuratoren sich daher auch der negotia inita anzunehmen hätten. Das setzt allerdings ihre Administrationspflicht voraus. —

Papin. 5 respons. D. 26, 27, 39 § 15:

> Adulescens tutoribus conventis, a quibus totum servari non potuit, adversus curatores, qui tutelam ad se neglegentia non transtulerunt, integram actionem retinet: neque enim tutelae iudicio consumptum videtur, quod alterius officii querellam habuit.

Auch hier müssen bei Solazzi (S. 56f.) die Kuratoren weichen; er ersetzt sie durch tutores non gerentes, die ihre Pflicht nicht getan haben.

---

[1]) und wohl auch Partsch a. a. O. S. 89[3].

Die Gründe scheinen mir auch hier unzureichend. Daß zwischen actio tutelae und actio negotiorum gestorum kein wechselseitiges Konsumtionsverhältnis bestehe, sei zu selbstverständlich als daß es hätte ausgesprochen zu werden brauchen. Aber wenn die Kuratoren sich auf Konsumtion berufen hatten, konnte Papinian sich der Entscheidung nicht entziehen, und ich meine, selbstverständlicher als bei dem Schadlosbürgen, wo die analoge Frage in den Quellen öfter behandelt wird, ist die Rechtslage auch hier nicht. Die Wendung „tutelam ad se transferre" wird angezweifelt; sie sei, auf Kuratoren bezogen, unmöglich, ebenso wie die ähnliche „tutelam restituere"; ich halte beide für an sich unverdächtig[1]), — tutela bedeutet hier freilich nicht das Amt des Tutors, sondern die vormundschaftliche Verwaltung. Würde es sich um tutores non gerentes, statt um Kuratoren handeln, so wäre es jedenfalls nicht weniger auffallend, daß von Übertragung der „tutela" auf solche, die doch schon tutores sind, gesprochen wird, statt von Übernahme der gestio. Entscheidend für die Echtheit der „curatores" ist die Wendung „alterius officii" am Schluß; es steht ein alterum officium, ein anderes Amt in Frage, nicht das gleiche Amt, das nur auch noch von andern Personen bekleidet wird. —

Hermogen. 1 epit. D. 26, 7, 48.

> Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.

Solazzi (S. 62) glaubt, „pupillive" sei wahrscheinlich Einschiebsel[2]), legt aber unter allen Umständen Gewicht auf das factum, daß hier unter den administrationsberechtigten Kuratoren der curator adulescentis nicht aufgeführt sei. Partsch (S. 85[1]) hält die Stelle aus diesem Grund

---

[1]) Vgl. oben S. 141 n. 2.

[2]) Solazzi folgert dies aus der Abwechslung zwischen que und ve. Aber itemque bezieht sich nicht auf „prodigi" allein, sondern auf „prodigi pupillive".

sogar für die klassische Kardinalstelle. Mir scheint es, gegenüber den zahlreichen Stellen, die die Administration auch des letzteren bezeugen, zunächst schon sehr bedenklich, aus einer bloßen Auslassung Schlüsse zu ziehen, zumal die Tatsache der Auslassung nicht einmal ganz sicher ist, da pupillive in dem weiteren Sinn des jugendlichen Pflegebefohlenen überhaupt gebraucht sein könnte, worin das Wort, trotz neuerlicher Bestreitung, auch sonst vorkommt[1]); ein Sprachgebrauch, der bei einem späten Schriftsteller wie Hermogenian am wenigsten wundernehmen dürfte. Überdies aber ist der ganzen Stelle mit äußerster Vorsicht zu begegnen. Die Behauptung, die sie für den curator bonorum aufstellt — er habe der administratio rerum ermangelt —, trifft nicht zu, vgl. D. 42, 7, 2 § 1, auch 37, 10, 5 § 5. Sprachlich anstößig ist das wiederholte inter: inter... curatorem et inter curatorem...... magna est differentia! Es fragt sich, in welchen Zusammenhang wir die Äußerung zu setzen haben. In meiner Palingenesia Hermog. 21 habe ich sie zur Lehre von der Vertretung des Klägers gestellt; sollte damit das Richtige getroffen sein, so wäre die Weglassung des curator adulescentis ohne weiteres erklärt, da dieser (worüber weiter unten) auch nach meiner Ansicht kein Recht zur prozessualen Vertretung seines Mündels hatte. Wahrscheinlicher ist aber eine andere Beziehung, die sich aus Herm. 1 D. 50, 4, 1 § 4 ergibt:

> Aeque personale munus est tutela, cura adulti furiosive item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia. sed et in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur ac, ne debitores liberentur, providetur.[2]) item ex Carboniano edicto bonorum

---

[1]) In diesem Sinne ist es m. E. zu verstehen in D. 26, 7, 46 pr. (dagegen Solazzi p. 61); 4, 4, 47 § 1; 26, 8, 21 (wo auch Partsch S. 85[1], entgegen Solazzi p. 120. 66, die Gleichung pupillus = adulescens gelten läßt); weiter 23, 2, 20, wo die Annahme Partschs S. 91[3], an Stelle des Kurators habe hier im Original der Tutor gestanden, unmöglich ist; denn eine impubes kann nicht „nubere" (Solazzi p. 134 erklärt die pupilla l. c. für die ex-pupilla; es ist aber nicht abzusehen, warum hier auf die frühere Tutel hingewiesen worden sein sollte).

[2]) Der Passus etiam .... providetur ist aus Ulp. 41 ad edict. D. 37, 9, 1 § 19. 21 entnommen, ob schon von Hermogenian oder von

possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. his similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est et reverti speratur: item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Gehört die obige Stelle in den Zusammenhang dieser Untersuchung über die munera personalia, so verstärkt sich der durch die sprachliche Inkorrektheit und die sachliche Ungenauigkeit begründete Verdacht. Wir sehen, daß in D. 50, 4, 1 § 4, wo es auf strenge Genauigkeit nicht ankam, die Aufgabe eines curator bonorum wiederholt als custodia bonorum bezeichnet wird, und die Annahme liegt ungemein nahe, daß gerade daher die falsche Charakteririsierung des curator bonorum stammt, der wir in fr. 48 cit. begegnen, d. h. daß sie auf ein Mißverständnis der Kompilatoren zurückzuführen ist. Dann aber hätten wir weiteren Grund, der ganzen Gegenüberstellung im Eingang des fr. 48 mit ihrem inter et inter zu mißtrauen. Die Stelle mag aus einer Anmerkung hervorgegangen sein, die Hermogenian, irgendeinem Vorbild folgend, über den curator ventris machte, und die die Kompilatoren benutzten, um die magna differentia zu entwickeln. —

Paul. 2 decret. D. 26, 7, 53.

Die Stelle legt den säumigen Kuratoren die Gefahr des Insolventwerdens der Tutoren auf und bezeugt so deren Administrationspflicht, genau so, wie die (s. S. 153) mit Unrecht verdächtigte D. 26, 7, 39 § 15. Ihr Text weist aber erhebliche Lücken auf, und dies gibt Solazzi (S. 63) den Anhalt, sie ebenfalls beiseite zu schieben. Es dürfte aber schwer fallen, auch mittels kühnster Interpolationsvermutungen, der hier getroffenen Entscheidung irgendeinen Sinn abzugewinnen, wenn es nicht dieser ist. —

Scaev. 11 dig. D. 26, 7, 52 § 4:

---

einem späteren Glossator, wage ich nicht zu entscheiden. Letzteres ist mir aber wahrscheinlicher; denn die ganze Erläuterung über die besondern Aufgaben des curator ventris ist an dieser Stelle nicht am Platze.



Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras debere curatores incipiant. respondit omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur.

Die Stelle ist, bis auf den wohl auf Abschreiberversehen zurückzuführenden Indikativ computantur, sprachlich tadellos und beweist, daß im vorliegenden Fall der Kurator als administrierend gedacht war.[1] Solazzi (S. 63) glaubt, sie auf folgende Weise unschädlich machen zu können. In § 1 desselben Fragments ist die gleiche Frage für den Fall entschieden, daß ein Tutor aus dem Nachlaß eines vorverstorbenen Mittutors Mündelgelder und Zinsen eingetrieben hatte; hier lautet aber die Entscheidung nicht so knapp und klar, wie in § 4, sondern operiert mit Unterscheidungen, die in § 4 nicht gemacht werden. Der Stil in § 1 ist nicht von der Eleganz, die wir an Scävola gewohnt sind, ebenso wenig freilich weitläufig-schwülstig in der Art der Kompilatoren. Ich möchte vermuten, daß hier eine Note Tryphonins ungeschickt in das Responsum hineingearbeitet worden ist. Anders Solazzi. Er schreibt, Mancaleoni[2]) folgend, die Entscheidung in § 1 Tribonian zu. Durch diese Interpolation sei nun aber, meint er, das echte Responsum Scävolas disponibel geworden, die Kompilatoren hätten es vom Contutor auf den Kurator übertragen und als § 4 dem Fragment angefügt. Man erwäge: die Kompilatoren hätten danach ein Responsum Scävolas an seiner ursprünglichen Stelle durch ein Responsum eigenen Fabrikats ersetzt, also verworfen, es aber dennoch mit einer den Kern der Frage nicht berührenden Veränderung des Tatbestands an anderer Stelle aufgenommen. Ist ein solches Verfahren denkbar? —

---

[1]) Freilich nicht gerade als kraft Amts administrierend. Partsch (S. 81) räumt daher die Stelle dadurch aus dem Wege, daß er den curator als bloßen negotiorum gestor faßt.

[2]) Contributo allo studio delle interpolaz. (Filangieri 1901) p. 18.

Scaev. 26 dig. D. 26, 8, 21:

Defendente tutore pupillus condemnatus ex contractu patris accepit curatorem. inter quem et creditorem acta facta sunt apud procuratorem Caesaris infra scripta. Priscus procurator Caesaris dixit: 'faciat iudicata'. Novellius curator dixit: 'abstineo pupillum'. Priscus procurator Caesaris dixit: 'responsum habes: scis, quid agere debeas'. quaesitum est, an secundum haec acta adulescens a bonis patris abstentus sit. respondit proponi abstentum.

Die Stelle beweist, daß der curator adulescentis die Befugnis hatte, für seinen Mündel vom beneficium abstinendi Gebrauch zu machen, also Administrationsrecht besessen haben muß. Solazzi (S. 66) zweifelt, „se il passo sia interamente genuino", insbesondere ob nicht das Original von einem curator impuberis gesprochen habe. Für diese Zweifel bietet der Text keinen Anhalt. Ebensowenig scheint mir Partschs (S. 81) Ausweg gangbar, den Kurator hier als einfachen negotiorum gestor zu denken; ein bloßer Geschäftsführer kann nicht sagen: abstineo pupillum. —

Ulp. 1 opin. D. 26, 9, 2:

Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit [vel praedia in nomen suum emerit], utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad [rem vindicandam vel] mutuam pecuniam exigendam.

Abgesehen von dem Eingeklammerten[1]) halte ich die Stelle für echt, für echt also die utilis actio ad mutuam pecuniam exigendam[2]); dafür daß, wie Solazzi (S. 67) will, „vel curator" interpoliert sei, spricht kein entscheidender Grund. Partsch (S. 81) faßt auch hier den curator als bloßen negotiorum gestor. —

Ulp. 1 de omn. trib. D. 27, 2, 3pr. § 5.

[1]) Vgl. dazu Eisele, ZSS. 13, S. 127f., Mancaleoni, Contrib. alla storia ed alla teoria della r. v. utilis S. 6f.

[2]) Wegen D. 26, 7, 9 pr. (worauf sich Solazzi, Bullett. 22, S. 65 für das Gegenteil beruft), vgl. oben S. 143 n. 1.

Die Stellen sind, wie Gradenwitz gezeigt hat[1]), interpoliert. Ulpian handelte von dem ius alimentorum decernendorum, das der Prätor gegenüber dem tutor impuberis in Anspruch nahm. Den curator adulescentis hat ihm in diesen Texten erst Tribonian an die Seite gestellt. Das beweist aber nicht im geringsten, daß in klassischer Zeit das Maß der einem minor pubes zu gewährenden Alimente seinen Kurator nichts anging, woraus dann Schlüsse auf das Fehlen des Administrationsrechts gezogen werden könnten. Von Amtswegen das Maß der Alimente des minor pubes zu bestimmen, hatte nach der Anschauung der klassischen Zeit der Prätor allerdings keine Veranlassung. Der minor war, anders als der impubes, in der Lage, seine Interessen selbst zu wahren. Waren er und der Kurator hinsichtlich des Maßes der Alimente einig, so wird sich der Prätor um die Frage nicht weiter gekümmert haben. Waren sie es nicht, so konnte es dem minor überlassen bleiben, ein Eingreifen des Prätors herbeizuführen. Daß auch Minderjährigen durch den Prätor Alimente dekretiert wurden, wird durch Paul. 3 resp. D. 10, 2, 38 dargetan.[2]) Diese Stelle, (die zugleich auch die curatores adulescentium eine Erbteilung vornehmen läßt) eben deshalb für interpolationsverdächtig zu erklären (Solazzi S. 130), scheint mir in keiner Weise gerechtfertigt. —

Paul. 9 resp. D. 27, 3, 23:

> Convento herede tutoris iudicio tutelae curatorem eiusdem neque ipso iure liberatum videri neque exceptionem rei iudicatae ei dandam: idemque in heredibus magistratuum observandum.

Die Stelle beweist die Verantwortlichkeit und also auch die Administrationspflicht des Kurators. Solazzi (S. 70) nimmt Anstoß an dem beziehungslosen „eiusdem“ und will, sehr kühn, curatorem durch sponsorem ersetzen, ein Wort, das aber, wenn es im Original gestanden hätte, sicher wie

[1]) Grünh. Zschr. 18 S. 342f.

[2]) Dagegen ist in C. 5, 50, 2 die Erwähnung der iuvenes interpoliert. Das Reskript entschied nur den vorgelegten Fall. Gradenwitz, Grünh. Zschr. 18, S. 342, Solazzi S. 93.

überall durch fideiussorem ersetzt worden wäre. Die Beziehungslosigkeit des eiusdem erklärt sich sehr einfach daraus, daß es sich um ein Responsum handelt und die Anfrage weggelassen ist, aus der sich die Beziehung ergab. —

Ulp. 36 ad ed. D. 27, 4, 1 § 3.

Wieviel an dieser Stelle interpoliert ist, ist schwer zu sagen[1]); jedenfalls beweist sie eher für als gegen das Administrationsrecht des curator minoris. Sie bleibt am besten ganz außer Betracht. —

Mod. 10 resp. D. 34, 3, 20 § 1.

Die Stelle ist m. E. durchaus echt, die Vermutung Solazzis (S. 73), statt von Kuratoren sei im Urtext von Tutoren die Rede gewesen, sehr unwahrscheinlich, auch die für die Interpolationsannahme angeführten sprachlichen Merkmale bedeutungslos.[2]) Aber die Stelle beweist freilich weder Recht noch Pflicht der Kuratoren zur Administration, sondern nur die Tatsache, daß sie tatsächlich administrieren konnten.[3]) Das ist ohne Belang. —

Ulp. 3 fideic. D. 36, 1, 1 § 12:

> Sed et si tutor vel curator adulescentis vel furiosi rogatus sit restituere hereditatem, sine dubio Trebelliano locus erit.

Solazzi (S. 74): „Il passo insegna una banalità. Chi può dubitare che si applichi il Trebelliano, se il tutore o curatore 'rogatus sit restituere hereditatem'?" Ein solcher Zweifel war aber sehr wohl möglich, da die rogatio sich eigentlich an den zum Erben eingesetzten Mündel hätte

[1]) Vgl. Solazzi S. 70f. und die dort Angef.

[2]) Insbesondere ist die Wendung „in fatum concedere" wiederholt in den Reskripten Gordians nachweisbar: C. 6, 30, 3; 7, 66, 4. 5; 8, 42, 4. Die Übereinstimmung zwischen dem Stil des Kaisers und eines gleichzeitigen namhaften Juristen ist schwerlich zufällig.

[3]) So auch Partsch S. 79[1]. Umgekehrt beweist freilich die Stelle auch nicht, daß der Minor, trotz Bestellung von Kuratoren, die Verwaltung beliebig in die eigene Hand nehmen konnte. Auf die Wahrheit der testamentarischen „confessio" kam offenbar für die Entscheidung garnichts an.

richten müssen.[1]) Für Interpolation spricht nichts. Ist sie echt, so beweist sie das Vertretungsrecht des curator minoris bei der restitutio hereditatis. —

Paul. 54 ad ed. D. 41, 2, 1 § 20.

Wenn echt, beweist der Eingangssatz „per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur", daß der curator den minor beim Besitzerwerb vertreten konnte, also Administrationsrecht besessen haben muß. Durchschlagende Gründe für Interpolation sind zwar von Gradenwitz und Seckel hinsichtlich des folgenden Satzes der Stelle beigebracht, nicht aber hinsichtlich des ersten. —

Ulp. 73 ad ed. D. 42, 8, 10 § 5:

Ait praetor 'sciente te', id est eo, qui convenietur [hac actione].[2]) quid ergo, si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? videamus, an [actioni][3]) locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem et in curatore furiosi et adulescentis. et putem hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit.

Die Stelle handelt vom interdictum fraudatorium. Solazzi (S. 77) muß natürlich vom Standpunkt seiner These aus die Worte „et adulescentis" für interpoliert erklären. Anderweite früher von ihm für die Interpolation des ganzen Satzes beigebrachte Gründe hält er selbst heute nicht mehr für ausreichend.[4]) —

Ulp. 76 ad ed. D. 44, 4, 4 § 24 a. 25:

Secundum haec magis opinor de dolo tutoris exceptionem pupillo esse obiciendam. Quae in tutore diximus, eadem in curatore quoque furiosi dicenda erunt, sed in prodigi vel minoris viginti quinque annis.

Auch hier fordert die These Solazzis, aber auch nur sie, die Unterdrückung der Erwähnung des curator mi-

---

[1]) Vgl. C. 6, 42, 20; D. 31, 69 § 2. Die Frage ist augenscheinlich von den Juristen eingehend erwogen worden.

[2]) hoc interdicto *Ulp.* [3]) interdicto *Ulp.*

[4]) Bullett. 24 S. 157[4].

noris XXV annis.[1]) Sonst ist der Schluß auf Administrationsrecht des curator minoris unvermeidlich. —

Ulp. 41 ad Sab. D. 47, 2, 33:

Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus.

Wirklich entscheidende Gründe für die Interpolation des Schlußsatzes, der, wenn echt, den curator adulescentis als administrations- oder doch jedenfalls als gewahrsamsberechtigt erweist, hat Solazzi (S. 80)[2]) nicht beigebracht. Interpolation ist hier um so weniger anzunehmen, als Ulpian, auch wenn man sich hinsichtlich des curator minoris auf den Standpunkt Solazzis stellen dürfte, doch jedenfalls den curator furiosi und prodigi hier zu erwähnen dringendste Veranlassung hatte. Hätte er diese aber erwähnt, und Tribonian hätte bloß noch den curator adulescentis hinzufügen wollen, so würde die Interpolation anders aussehen; wir müßten dann etwa erwarten: idem erit in curatore furiosi prodigive sive adulescentis. —

Marcian. 14 instit. D. 48, 10, 1 § 9—12.

Ich zweifle nicht, daß hier die Erwähnung der cura überall interpoliert ist (Solazzi S. 81); es geschah das in analoger Ausdehnung des in der Stelle erwähnten Reskripts, das sich auf einen Tutor bezog. Die Stelle beweist daher nichts für das Administrationsrecht des curator minoris, aber natürlich auch nichts dagegen. —

C. 2, 4, 4 (Alexander) beweist tatsächliche Admini-

---

[1]) Statt sed in (prodigi etc.) wird, wie so oft, zu lesen sein: sed et in.

[2]) Vgl. auch Partsch S. 85 n. 1. Ich fasse das „quod in tutore scriptum est" als scriptum a Sabino auf (Paling. Ulp. 2864), den ganzen Schlußsatz als Adnotation Ulpians dazu. Solazzi wendet ein, „quod scriptum est" komme in diesem Sinne sonst nicht vor. Aber „scriptura" kommt so vor (D. 9, 2, 15 pr.; 28, 5, 1 § 3; 45, 1, 1 § 6 und sonst), und ebenso „quod dictum est" (z. B. 28, 6, 2 § 7); warum also nicht auch „quod scriptum est"?

stration, aber freilich nicht Administrationsrecht, ebenso C. 3, 1, 4 (Alexander) und wohl auch C. 5, 37, 1 (Sev. et Anton.). Solazzi (S. 84f.) hält die Stellen — ohne Not, auch von seinem Standpunkt aus — für interpoliert. —

C. 5, 4, 8 (Gordian):

In copulandis nuptiis nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nec cognatorum vel adfinium ulla auctoritas potest intervenire, sed spectanda est eius voluntas, de cuius coniunctione tractatur.

Die ganz unverdächtige Stelle, die das Administrationsrecht des Kurators bezeugt, wird von Solazzi (S. 85) dadurch aus dem Wege geräumt, daß er sie auf einen curator mulieris deutet, dem ja auch nach seiner Ansicht Verwaltungsrecht zustand. Für diese Deutung beruft er sich darauf, daß in der Übersetzung der Basiliken (28, 4, 29) die Entscheidung in der Tat für eine weibliche Person (*κόρης γαμουμένης*) gegeben erscheint. Adressat des Erlasses ist aber ein Mann, und im Text des C. Iust. weist nicht nur nichts auf jene Deutung hin, sondern, so verstanden, würde die Stelle in Widerspruch zu c. 20 des gleichen Titels treten. Man müßte, um Solazzi beistimmen zu können, annehmen, daß der Basilikenübersetzung eine vorjustinianische Quelle zugrunde liegt, was möglich, aber nicht erwiesen ist. —

C. 5, 37, 2 (Sever. et Anton.):

Adversus curatorem adulescentis, cui collegae dati estis, quamdiu administratio communis durat, exerceri iudicium non potest.

Das Reskript verbietet den Mitkuratoren während der Dauer der gemeinsamen Administration die Erhebung der actio (negotiorum gestorum) gegen ihren Kollegen.[1] Das setzt doch wohl Administrationsrecht aller voraus. Solazzi (S. 87) hält die Stelle trotz ihrer tadellosen Fassung für interpoliert. —

[1]) Vgl. dazu Peters, ZSS. 32 S. 278.

C. 5, 37, 8 (Alex.):

Etsi scisses te curatorem datum nec administrasses, ceteris curatoribus et administrationem peragentibus et sufficientibus damno praestando contra te actio dari non potest. si autem nescisses curatorem (te) datum, etiamsi solvendo ceteri non sint, damni periculum ad te non redundabit.

Das Reskript geht ganz klar von der Administrationspflicht aus. Gründe für Interpolationsverdacht (Solazzi S. 88) fehlen. —

C. 5, 37, 14 (Philipp.) verbietet Einforderung der rationes curae administratae durante officio vor erreichter Volljährigkeit. Das ist allerdings nicht klassisches Recht. Interpolation ist wohl wahrscheinlicher als Rechtsänderung schon zur Zeit des Philippus Arabs. Aber gegen das Administrationsrecht des Kurators ist damit nichts bewiesen. —

C. 5, 39, 1 (Carac.) und C. 5, 39, 3 (Gordian.) sind zweifellos interpolierte Stellen. Wieweit die Interpolation geht, kann hier dahingestellt bleiben.[1]) Denn keinesfalls sind die Interpolationen derart, daß sie zugunsten der These Solazzis in die Wagschale fallen; der Interpolationsverdacht nimmt den Stellen nur ihre Beweiskraft gegen ihn. —

C. 5, 48, 1 (Philipp.):

Tutores qui necdum administrationis rationem *reddiderunt neque administrationem*[2]) ad curatores transtulerunt, defensioni causarum pupillarium adsistere oportere saepe rescriptum est. . . . . . .

Die Stelle tut dar, daß, wenn der Minor Kuratoren hatte, es ihre Sache war, die Verwaltung weiterzuführen — die Worte „ad curatores" mit Solazzi (S. 93) zu beanstanden ist Anlaß nur für den, der seine These als bewiesen ansieht.

---

[1]) Solazzi S. 90. 91 kann ich nicht durchweg beitreten.

[2]) Ergänzt von Mommsen nach Bas. 38, 9, 14: *Οἱ ἐπίτροποι οἱ μηδέπω λόγους τῆς ἐπιτροπῆς δεδωκότες μηδὲ μετενεγκόντες τὴν διοίκησιν ἐπὶ τοὺς κουράτωρας.*

Solazzi findet einen Verdachtsgrund auch in folgendem: rilevare il trapasso dell' amministrazione è inutile e non esatto, perchè i tutori, dopo che il pupillo ha raggiunto la pubertà, non conservano il ius administrationis e solo hanno l'obbligo di compiere gli atti iniziati, e nella specie ciò che li esime dal dovere di continuare la lite è il rendimento dei conti. Aber bei der translatio administrationis ist offenbar nicht an eine Übertragung des ius administrandi, sondern einfach an die tatsächliche Übergabe der Verwaltung gedacht, und daß die Tutoren, solange diese nicht erfolgt ist, (zwar nicht etwa selbst den Prozeß fortzuführen, wohl aber) den Kuratoren im Prozeß zu assistieren haben, ist nur natürlich. —

C. 5, 51, 3 (Carac.):

> Curator qui post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, praedium sibi comparavit, elige, utrum malis in emptione tibi negotium eum gessisse, an, quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit.

Die Stelle ist sicherlich nicht unberührt; das beweist der in der Luft schwebende Nominativ „curator" und die Diskrepanz zwischen curator im Eingang und tutelae iudicium am Schluß, die m. E. durch keine Auslegungskunst zu beseitigen ist.[1]) Solazzi (S. 95) vermutet, „curator" sei für „tutor" interpoliert. „Tutor" würde aber ebenso beziehungslos dastehen, wie jetzt „curator" und warum den tutor streichen, für den die Entscheidung doch jedenfalls ganz zutreffend war, und ihm nicht vielmehr, wie sonst gewöhnlich, den curator einfach an die Seite setzen[2])?

---

[1]) Alibrandis Erklärung (Bull. 2 S. 158) — der „curator" des Reskripts sei zur Zeit des Kaufs noch Tutor gewesen —, von Partsch (S. 70) gebilligt, wird von Solazzi mit Recht als künstlich bezeichnet. Für die Entscheidung wäre es danach ganz gleichgültig gewesen, daß der Beklagte jetzt curator ist. Unwesentliches pflegen aber die Reskripte nicht anzugeben.

[2]) Gegen Solazzi auch Partsch a. a. O. mit Rücksicht auf das bekannte Scholion des Thaleläus zu unserer Stelle (Bas. 38, 3, 28):

Ich möchte eher annehmen, daß „curator“ ein in den Urtext eingedrungenes ungeschicktes Glossem aus nachklassischer Zeit ist, d. h. daß der Urtext erst mit „qui“ begann und die Vormundseigenschaft des Beklagten gar nicht ausdrücklich angab, sondern aus dem Zusammenhang erraten ließ. Mit voller Sicherheit ist das Rätsel nicht zu lösen. Als Beweis gegen Solazzis These kann die Stelle nicht dienen, ebensowenig aber als Beweis für sie. —

C. 5, 62, 2 (Sever. et Anton.).

> Si curatores dati estis generaliter nec decreto significatum est Italicarum tantum rerum vobis munus adiunctum, adire debetis competentem iudicem, ut vos a provinciali administratione liberet. quod si factum fuerit, petent sibi in provincia curatores adulescentes.

Beweist die Administrationspflicht. Die Annahme Solazzis (S. 106), curatores stehe hier statt eines ursprünglichen tutores, ist ebenso unwahrscheinlich wie in der letztbesprochenen Stelle. —

Eine besondere Betrachtung widmet Solazzi (S. 110f.) der Veräußerung von Mündelsachen, insbesondere der oratio Severi und deren Erläuterung durch die Klassiker. Er nimmt, Alibrandi[1]) folgend, an, diese oratio habe sich nur auf die tutores und praedia impuberum, nicht auf die curatores und praedia minorum bezogen; die Worte „et curatoribus“ in ihrem Eingang seien den Kompilatoren zuzuschreiben. Darin findet er eine Bestätigung dafür, daß zur Zeit der oratio — 195 n. Chr. — die curatores adulescentium Verwaltungs- und Veräußerungsrecht überhaupt nicht besessen hätten. Die Meinung Alibrandis nun dürfte in der Tat zutreffen. Es fällt zunächst ins Gewicht, daß die Person des Mündels in der oratio lediglich mit dem Wort pupillus bezeichnet wird. Ohne weiteres durchschlagend ist ja dies Argument an sich nicht, da, wie bereits bemerkt[2]), das Wort pupillus schon bei den Klassikern in dem wei-

Thaleläus, der den Urtext zu kennen pflege, habe so nicht schreiben können, wenn er gewußt hätte, daß dort „tutor“ stand.

[1]) Bullett. 2 S. 154f. [2]) Vgl. oben S. 155 n. 1.

teren Sinne vorkommt, worin es auch den minor pubes unter Kuratel umfaßt. Immerhin wäre es befremdend, wenn dieser erweiterte Sprachgebrauch auch in einem quasigesetzgeberischen Akt begegnete, um so mehr, als, wenn die Worte „et curatoribus" echt sein sollten, der Gebrauch des bloßen Wortes „pupillus" es hätte nahe legen müssen, bei den Kuratoren an curatores pupillorum, nicht minorum zu denken. Für Alibrandi spricht dann weiter sehr entschieden die Tatsache, daß die Klassiker in ihren Erläuterungen zu der oratio fast durchweg nur von Tutor und Pupillen reden, und daß in den verhältnismäßig wenigen Stellen, wo wir neben dem Tutor den Kurator oder neben dem Pupillen den minor erwähnt finden, sich zwar nicht überall, aber doch mehrfach zwingender Interpolationsverdacht aufdrängt. So sind z. B. in D. 27, 9, 3 pr. die Worte „vel minori" augenscheinlich ein Einschiebsel, ebenso eod. 3 § 5 „vel adulescentis[1]", eod. 14 „sive curatores filii[2]". Ganz sicher ist die Interpolation auch, wo in den auf die oratio bezüglichen Reskripten des Codex (Solazzi S. 114f., Partsch S. 91[3]) alternativ neben dem tutor der curator, neben dem pupillus der adulescens genannt wird; denn die reskribierenden Kaiser wußten ja, ob sie es mit dem einen oder anderen zu tun hatten und gaben ihre Entscheidungen gewiß nur nach Maßgabe des ihnen vorliegenden konkreten Tatbestands. Auf der anderen Seite wecken freilich wieder Zweifel einige auf die oratio bezügliche Stellen, wo der minor nicht alternativ neben dem pupillus, sondern ganz allein auftritt. So Ulp. 35 ad ed. D. 27, 9, 1 § 4:

> Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere: nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.

---

[1]) Entweder umfaßte „pupillus" den „adulescens" mit: wozu brauchte dieser dann gerade hier besonders genannt zu werden? Oder nicht: warum wird er dann nur dies eine Mal besonders genannt?

[2]) tutores pupilli sive curatores filii: als ob der pupillus nicht auch filius wäre.

Ulp. 3 de off. procons. eod. 11:

Si praedia minoris viginti quinque annis distrahi desiderentur, causa cognita praeses provinciae debet id permittere. idem servari oportet et si furiosi vel prodigi vel cuiuscumque alterius[1]) praedia curatores velint distrahere.

Solazzi (S. 11f., 113f.) meint, hier hätten die Kompilatoren den pupillus des Urtexts durch den minor ersetzt. Das vermag ich nicht zu glauben. In Dutzenden von Stellen haben die Kompilatoren entweder den pupillus, den doch jedenfalls sie dann im weiteren Sinn verstanden wissen wollten, einfach stehen lassen oder den minor alternativ daneben gestellt. Man versteht nicht, warum sie in jenen zwei Stellen ein anderes Verfahren hätten einschlagen sollen.[2]) Zu beachten ist auch, daß in der ersten der minor selbst als Käufer und Verpfänder auftritt. Ein impubes aber konnte, auch abgesehen von der oratio, ohne seinen Tutor nicht verpfänden und sich auch nicht durch den Kauf verpflichten: der Tatbestand, den Ulpian voraussetzt, wird undenkbar, sobald man Solazzi folgend, an Stelle des minor einen impubes setzt. Nach alledem scheint mir folgende Lösung der Schwierigkeiten wahrscheinlicher als die von Solazzi gegebene. Die oratio wird sich allerdings nur auf die praedia impuberum bezogen haben. Sehr bald aber dehnte die Jurisprudenz ihre Bestimmung auf die Grundstücke solcher Minderjähriger, die einen Kurator hatten, aus. Dies wird Ulpian schon im Eingang seines Kommentars ausdrücklich gesagt haben[3]); die Kom-

[1]) vel cuiuscumque alterius ist wohl kompilatorisch; vgl. aber auch Solazzi S. 114[1].

[2]) Ausgeschlossen ist m. E. der Gedanke an Interpolation bei den zahlreichen Reskripten, in deren Tatbestand die gegen das SC. verstoßende Veräußerung einem minor zugeschrieben wird: C. 5, 71, 6. 7—12. 15. 17; 2, 29, 2; 5, 72, 3; 5, 74, 1. Da aber diese Reskripte erst aus dem Ende des 3. Jahrhunderts (a. 283f.) datieren, und die Möglichkeit einer inzwischen erfolgten Rechtsveränderung in Betracht zu ziehen ist, so lasse ich sie außer Betracht. Vgl. auch Solazzi S. 116f.

[3]) Vielleicht enthielt die leider heillos verderbte Stelle Ulp. 2 trib. D. 27, 9, 8 § 1 eine ähnliche Bemerkung. Partsch (S. 91) hält hier die Worte „vel cuius alterius non adulescentis“ für interpoliert, und auch

pilatoren aber konnten diese Bemerkung nicht brauchen, weil nach der späteren Entwicklung darauf, ob der minor einen Kurator hatte, nichts mehr ankam. Darum strichen sie sie, ließen aber die daran angeschlossene Entscheidung in D. 27, 9, 1 § 4 stehen. Ulpian aber konnte nach Vorausschickung dieser uns nicht überlieferten Bemerkung im Verlauf seines Kommentars, ohne ein Mißverständnis befürchten zu müssen, sehr wohl allein vom pupillus und von praedia pupillaria handeln. Die Entwicklung, die sich nach dieser Vermutung ergeben würde, scheint mir durchaus einleuchtend: die Vorschrift, die ursprünglich nur für den wichtigsten und häufigsten Fall der Bevormundung gegeben war, wird schrittweise auf die andern minder wichtigen Fälle ausgedehnt. Diokletians Neuerung in C. 2, 21, 3 würde sich dann darauf beschränken, daß er eine Unterscheidung, die für die Veräußerung von Grundstücken längst anerkannt war, auf die Veräußerung auch sonstiger Sachen erstreckte.[1])

Mag nun aber die Oratio Severi auf Grundstücke

Solazzi (p. 113) ist dieser Annahme nicht abgeneigt und glaubt jedenfalls, daß die Frage, die Ulpian beantwortet, in erster Linie dem curator furiosi galt. Ich bin dessen durchaus nicht sicher. Wenn der curator minoris Verwaltungsrecht hatte, lag die Frage nach der Behandlung des curator adulescentis näher als jede andere, und man kann zweifeln, ob nicht vielmehr die Worte „furiosi vel cuius alterius non“ interpoliert sind. Die Interpolation wäre dann der Tendenz entsprungen, die schon von Ulpian anerkannte Ausdehnung der oratio auf den curator adulescentis auch auf die übrigen Kuratoren zu erstrecken. Auch für D. 27, 9, 11 wirft sich die Frage auf, ob der erste und nicht vielmehr der zweite den curator furiosi und prodigi erwähnende Satz interpoliert ist.

[1]) Zeugnisse, worin Veräußerungen von Grundstücken durch Minderjährige erwähnt werden, sind aus der Zeit zwischen der Oratio und Diokletian nur recht wenige erhalten: Paul. sent. I 9, 7; Modest. 5 resp. D. 23, 3, 62; 6 resp. D. 26, 7, 32 § 4. Ulp. 11 ad edict. D. 4, 4, 13 § 1 enthält nur ein Zitat aus früherer Zeit, und das Datum von D. 4, 4, 24 § 4 (aus Paul. 11 ad edict., nicht aus den Sentenzen) ist nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Alle diese Stellen handeln lediglich von den Folgen einer als wirksam vorausgesetzten Restitution; die Frage, unter welchen Umständen eine solche erforderlich ist, liegt ganz ferne. Daß der Minderjährige einen curator habe, ist nur in D. 26, 7, 32 § 4 erwähnt, — vorausgesetzt, daß dort die Worte „interposito curatore“ echt sind (vgl. oben S. 132 n. 1).

Minderjähriger schon in klassischer Zeit Anwendung gefunden haben oder nicht, keinesfalls kann daraus ein Schluß darauf gezogen werden, daß dem curator minoris das Veräußerungsrecht fehlte. Impuberes waren schutzbedürftiger als minores, die ihr Interesse selbst wahrzunehmen vermochten, und die oratio übergeht ja auch die unbestritten verwaltungsberechtigten curatores furiosi und prodigi. Überdies ist das Veräußerungsrecht gerade für den curator minoris in m. E. unverdächtigen Stellen bezeugt.[1]) So bei Scaev. 2 dig. D. 4, 4, 39 § 1:

> Vendentibus curatoribus minoris fundum emptor extitit Lucius Titius et sex fere annis possedit et longe longeque rem meliorem fecit: quaero, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit. respondi ex omnibus quae proponerentur vix esse eum restituendum......[2])

und bei Scaev. 1 resp. D. 4, 4, 47 § 1:

> Curator adulescentium praedia communia sibi et his, quorum curam administrabat, vendidit: quaero, si decreto praetoris adulescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adulescentium pro parte fundus communis fuit? respondi eatenus rescindi, nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. item quaero, emptor utrum a Seio et Sempronio pupillis pretium cum usuris recipere deberet an vero ab herede curatoris? respondi heredes [quidem] curatoris teneri, [verum in Seium et Sempronium pro parte, qua eorum fundus fuit, actiones dandas: utique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset.]

Der Umstand, daß in beiden Stellen die von Scävola gegebene Entscheidung durch Interpolationen entstellt ist[3]),

[1]) Verdächtig ist freilich der die Kuratoren erwähnende Schlußsatz von D. 4, 4, 7 § 8. Vgl. Eisele, ZSSt. 30 S. 108f., Solazzi S. 118. Diese Stelle muß daher außer Betracht bleiben.

[2]) Der Fortgang des Fragments (nisi si maluerint usw.) ist, wie längst erkannt, interpoliert.

[3]) Über die Interpolationen in fr. 47 § 1 cit. vgl. Solazzi, Bull. 23 S. 132f., Partsch S. 82.

berechtigt in keiner Weise zu der Annahme (Solazzi S. 120), daß — ohne jeden ersichtlichen Grund — im Tatbestand der curator an Stelle des im Original genannten Tutor getreten sei. Ebenso wenig berechtigt dazu in der zweiten Stelle die Bezeichnung der adulescentes als pupilli.[1]) Partsch (S. 82f.) will den Stellen durch die Vermutung beikommen, der klassische Urtext habe in beiden Stellen die adulescentes selbst als kontrahierend, bzw. mitkontrahierend erwähnt. Ich halte das für ganz ausgeschlossen. Man versuche doch nur einmal den Text der Stellen in Partschs Sinne umzugestalten, und man wird erkennen, daß das nicht möglich ist. Die hier entschiedenen Fragen nach dem Verhältnis der Restitution zu der Verantwortlichkeit der Kuratoren hätten gar nicht aufgeworfen werden können, wenn nicht die Kuratoren selbst als handelnd gedacht wären. Auch versagen sich die in bestem Latein abgefaßten Texte jedem derartigen Versuch.

Paul. 29 ad edict. D. 13, 7, 16 pr. § 1:

> Tutor [lege non refragante] si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit, scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. idem est et in curatore adulescentis vel furiosi. [Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est]: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit.

Bei dieser Stelle knüpft Solazzi (S. 121) an an Gradenwitzs Vermutung[2]), daß der Satz, womit § 1 beginnt: „contrariam .... certum est", interpoliert sei. Auch mir erregt diese unnötig emphatische Versicherung Anstoß. Gradenwitz nimmt nun aber weiter einen unmittel-

[1]) Vgl. oben S. 155 n. 1.
[2]) Interpolationen S. 119.



baren Zusammenhang zwischen dem pr. und dem Fortgang des § 1 an: die in dem mit proinde beginnenden Satz statuierte Haftung beziehe sich gerade auf den im pr. genannten tutor, was nur durch jenes Einschiebsel verdunkelt werde, und darauf fußend macht Solazzi darauf aufmerksam, daß dann auch der Satz „idem est — furiosi" interpoliert sein müsse[1]), offenbar deshalb, weil der Satz, wenn er echt wäre, in der weiteren Erörterung den Plural (dederunt, tenebuntur) gefordert haben würde. Es ist sehr möglich, daß Solazzi hier recht hat. Aber ist es gewiß? Ist es gewiß, daß im Original § 1 unmittelbar auf das pr. folgte?[2]) Wäre es nicht sogar auffallend, daß Paulus die in § 1 enthaltenen Rechtssätze gerade speziell nur für den verpfändenden Tutor ausgesprochen hätte? Der Satz „contrariam — certum est" kann sehr wohl gerade deshalb eingeschoben worden sein, um klarzustellen, daß das darauf folgende wie im Original, so auch in der Kompilation mit dem pr. nichts zu tun habe, und dafür den nicht wohl zu entbehrenden Anknüpfungspunkt zu schaffen. Dann aber bestände keinerlei Grund, den Satz „idem — furiosi" anzuzweifeln, und wir hätten hier ein freilich unsicheres Zeugnis für das Verpfändungsrecht des curator adulescentis. —

Gewicht legt Solazzi (S. 122) auf Venul. 5 interd. D. 44, 3, 15 § 4, weil hier unter den veräußernden Kuratoren der curator adulescentis nicht genannt sei:

> Item danda est acessio cum eo, quod apud pupillum fuit, a cuius tutore, cum is tutelam eius administraret, emisti. idemque in eo, qui a curatore pupilli furiosive emerit, servandum est: et si ventris nomine aut eius, quae rei servandae causa in possessione esset dotis suae nomine, deminutio facta sit: nam id quoque temporis accedit.

---

[1]) Nicht so weit geht Partsch S. 84, der nur „adulescentis vel" streichen will.

[2]) Kein Gewicht lege ich auf den Umstand, daß zu dedit in § 1 das Subjekt fehlt; die Kompilatoren hätten es, wenn sie das Vorhergehende, woraus es sich ergab, strichen, freilich ergänzen sollen. Aber solche Unterlassungssünden haben sie zu oft begangen, als daß man nun schließen dürfte, als Subjekt könne nur der im pr. genannte Tutor in Betracht kommen.

Allein auch wenn man das Wort pupilli hier nicht in dem mehrfach besprochenen weiteren Sinne verstehen will[1]), beweist die Stelle nichts. Denn außer dem curator adulescentis vermissen wir in der Stelle auch den unbestritten verwaltungsberechtigten curator prodigi und den curator bonorum. Die Aufzählung war also entweder schon bei Venuleius unvollständig oder ist in der Kompilation gekürzt. —

C. 8, 15, 3 (Carac.):

> Curator adulti vel tutor pupilli propriam rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, pignoris iure obligare non potest, nisi in rem eius pecuniam mutuam accipiat.

Eine Einschiebung hat hier gewiß stattgefunden, da der reskribierende Kaiser aus der Anfrage wissen mußte, ob die Verpfändung durch einen curator oder durch einen Tutor stattgefunden hatte. Solazzi (S. 122) hält daher den „curator adulti" für interpoliert. Aber die Wahrscheinlichkeit spricht umgekehrt dafür, daß die mit vel eingefügte Alternative interpoliert ist. Wollte man eine Entscheidung erweitern, so war es das nächstliegende, die Erweiterung nicht vorzuschieben, sondern hinten anzufügen, und die Kompilatoren haben in der Regel[2]) nachweisbar dies Verfahren eingeschlagen. —

Eine Art von Veräußerung liegt auch in der Empfangnahme von Zahlungen. Eine Reihe von Stellen bezeugen, daß Zahlungen mit Wirksamkeit an den curator minoris gemacht werden können. Solazzi (S. 123f.) hält sie sämtlich für interpoliert. In der Tat dürfte seine Annahme für die Mehrzahl davon zutreffen. Zunächst für Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 7 § 11—13; die Stelle gehört in den Kommentar Ulpians zum Edikt „de tutelis", und das plötzliche Auftauchen des Kurators neben dem Tutor, ja in § 13 sogar statt des Tutors muß Anstoß erregen. Auch bei Afric. 9 quaest. D. 40, 4, 22 mag der Satz „eademque et de curatore

---

[1]) Es für ein Emblem zu erklären oder durch prodigi zu ersetzen (vgl. den von S. a. a. O. angef. Schulting ad h. l.), dafür fehlt jeder haltbare Grund.

[2]) Nicht immer: z. B. wechseln sie in D. 46, 3, 100 ab.

dicenda“ interpoliert sein. Ob bei Paul. 10 resp. D. 46,3,100 die Erwähnung der Tutoren oder die der Kuratoren interpoliert ist, muß dahingestellt bleiben, eines von beiden gewiß. Ein Argument e contrario für das klassische Recht ist aber aus diesen Stellen jedenfalls nicht zu entnehmen, da in den Quästionen und Responsenschriften die Juristen sich sehr natürlich an die ihnen vorgelegte Frage hielten oder doch halten konnten. Verfälscht ist weiter auch Ulp. 30 ad Sab. D. 46, 3, 14 § 7:

> Curatori quoque furiosi recte solvitur, item curatori sibi non sufficientis vel per aetatem vel per aliam iustam causam. sed et pupilli curatori recte solvi constat.

Wie viel oder wie wenig hier klassisch ist, ist schwer zu sagen.[1]) Der schleppende Passus „sibi non sufficientis vel per aetatem vel per aliam iustam causam“ ist sicher interpoliert. Daß aber statt dessen einfach „prodigi“ gestanden habe, ist schwer glaublich; das hätte Tribonian nicht gestrichen, auch wäre dann statt des ganz unnötigen Schlußsatzes einfach „pupillive“ zu erwarten gewesen. Ich halte es für sehr möglich, daß der ganze Paragraph Kompilatorenwerk ist. Ganz unverdächtig scheint mir dagegen Marcian. ad form. hyp. D. 46, 3, 49:

> Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. tutori quoque si soluta sit pecunia vel curatori vel procuratori vel cuilibet successori vel servo actori, proficiet ei solutio.

Für die Vermutung Solazzis (S. 126), daß hinter curatori weggefallen sei: furiosi, besteht kein Grund als seine These. In gleicher Richtung beweist Paul. 15 resp. D. (40, 4) 53:

> Lucius Titius servo libertatem dedit, si rationem actus sui ex fide dedisset Gaio Seio filio suo: cum annos pubertatis egressus fuisset Gaius Seius, a curatoribus

---

[1]) Vgl. außer Solazzi S. 126 noch Partsch S. 77 n. 3.

eiusdem conventus servus etiam apud iudicem omnibus satisfecit: exacta cautione a curatoribus pronuntiatum est liberum eum esse: nunc Gaius Seius filius testatoris negat curatoribus suis recte pecuniam inlatam: quaero, an iure soluta sit quantitas. Paulus respondit curatoribus quidem adulescentis reliquam rationem, ut condicio testamento adscripta impleatur, non iure exsolutam videri: sed si praesente adulescente pecunia illata est vel in rationibus eius relata, impletam condicionem videri, ac si ipsi soluta fuisset.

Die Frage, die dem Juristen vorlag, war die, ob die Bedingung, dem adulescens selbst zu leisten, auch durch Leistung an den curator erfüllt werden könne. Diese Frage, nur diese verneint der Jurist [1]: curatoribus adulescentis reliquam rationem, ut condicio testamento adscripta impleatur, non iure exsolutam videri. Diese Einschränkung der Entscheidung wäre unbegreiflich, wenn Zahlung an den curator nicht an sich wirksam gewesen wäre. Das Gleiche ergibt auch C. 2, 32, 1 für die Zeit Diokletians; doch lasse ich diese Stelle — wegen der Möglichkeit einer inzwischen erfolgten Rechtsänderung — beiseite. —

II. Die cautio rem adulescentis salvam fore.

„Negata al curatore l'administratio, la prestazione di una ‚cautio rem adulescentis salvam fore' è senza scopo." Solazzi (S. 141f.) sieht sich daher in der Notwendigkeit, alle Stellen, die eine cautio rem adulescentis salvam fore bezeugen, für interpoliert zu erklären. Nun bin ich durchaus nicht der Meinung, umgekehrt die Echtheit aller dieser Stellen behaupten zu wollen. Wie das Edikt zwar einen Titel de tutelis, aber keinen de curis enthielt, obwohl die Grundsätze beider Rechtsinstitute schon in klassischer Zeit zweifellos weithin übereinstimmten, so steht auch bei den

[1]) Der interpolierte Schluß von D. 46, 3, 68 (Marcell. 16 dig.) gibt für den tutor impuberis und den curator furiosi die entgegengesetzte Entscheidung. Daß aber in klassischer Zeit hier Zweifel bestanden, wird durch die Tatsache der Interpolation dargetan.

Klassikern in ihren das Vormundschaftsrecht und so auch die Kaution der Vormünder betreffenden Entscheidungen die Tutel durchaus im Vordergrund, und die Kompilatoren waren, wenn sie das Übereinstimmende in den beiden Arten der Vormundschaft kenntlich machen wollten, sehr natürlich auf den Weg gewiesen, in eine größere Zahl von Stellen die Erwähnung der cura hineinzuinterpolieren, ohne daß es sich dabei irgendwie um Neuerungen gegenüber dem klassischen Recht zu handeln brauchte. Diese Interpolationen galten gewöhnlich[1]) nur der cura adulescentis, und zwar auch in solchen Fällen, wo ihre Ausdehnung auf sämtliche Kuratoren sachlich begründet gewesen wäre.[2]) Das ist verständlich genug. War irgendwo ein Fall entschieden, bei dem es sich um einen impubes oder einen tutor impuberis handelte, so lag es ungemein nahe, durch ein kleines Einschiebsel zum Ausdruck zu bringen, daß das gleiche auch dann gelten müsse, wenn etwa der Mündel bereits mündig sei und, statt eines Tutors, einen Kurator habe. Zugleich immer auch die anderen Arten der cura zu berücksichtigen, wäre nicht nur pedantisch gewesen, sondern ging überall da, wo, wie z. B. bei Responsen und Reskripten, ein konkreter Fall der Entscheidung zugrundelag, kaum an. Aus der bloßen Tatsache also, daß irgendwo in eine von der cautio rem pupilli salvam fore handelnde Stelle der curator adulescentis, und gerade nur er, hineininterpoliert ist, kann durchaus nicht geschlossen werden, daß durch diese Interpolation für ihn und gerade für ihn etwas neues, dem klassischen Recht Fremdes, eingeführt werde. Dies vorausgeschickt, sollen nun die einzelnen von Solazzi (S. 141f.) als interpoliert bezeichneten Stellen, die sich auf unsere Kaution beziehen, durchgegangen werden.

Ulp. 79 ad edict. D. 46, 6, 4 § 8:

Pertinet autem haec stipulatio ad omnes curatores sive puberibus sive impuberibus datos propter aetatis infirmitatem, sive prodigis vel furiosis vel quibudsam aliis (ut fieri adsolet) dati sint.

---

[1]) nicht überall: vgl. z. B. D. 46, 6, 7, dazu Solazzi S. 150.

[2]) z. B. I. 1, 24, 1, dazu Solazzi S. 155.

Auch ich halte den Passus sive puberibus bis dati sint für interpoliert.[1]) Solazzi meint, der Grund dieser Interpolation sei gewesen, die Kaution, die in klassischer Zeit nur dem curator pupilli, furiosi (doch auch prodigi?), mulieris[2]), bonorum, ventris nomine obgelegen habe, auf alle Kuratoren, insbesondere also den curator adulescentis, auszudehnen. Ich halte diese Vermutung für ungemein unwahrscheinlich, ja für unmöglich. Hätten die Kompilatoren in ihrer Vorlage eine Reihe von Kuratorenkategorien aufgezählt gefunden, die sie erweitern wollten, so würden sie diese Aufzählung allenfalls ergänzt haben; sie durch eine schlecht stilisierte Aufzählung eigener Faktur zu ersetzen, dazu hatten sie keinerlei Veranlassung. Ich halte daher das „pertinet haec stipulatio ad omnes curatores" für durchaus echt — natürlich nicht in dem Sinne, daß alle Kuratoren kautionspflichtig gewesen wären[3]), sondern nur mit Rücksicht auf die Möglichkeit freiwilligen Erbietens zur Satisdation (I. 1, 24, 1) —; das auf jenen Satz folgende aber gehört in die nicht geringe Zahl der bloß erläuternden Interpolationen, die die Kompilatoren einzufügen guten Grund hatten, weil sie gewußt haben werden, daß Kommentare zu ihrem Werk verboten werden würden. —

Ulp. ibid. § 4:

Hanc stipulationem placet finita demum tutela committi et fideiussoribus (sponsoribus *Ulp.*) diem exinde incipere cedere. in curatore aliud est: sed et in eo, qui pro tutore negotia gessit, [aliud dicendum est. itaque istae stipulationes, si quidem quis tutor fuit, finita demum tutela committentur: si vero pro tutore negotia gessit], conveniens est dicere, statim atque quaeque res salva non esse coepisset, committi stipulationem.

Statt „in curatore aliud est" liest Solazzi (S. 143): in curatore pupilli aliud est. Solazzi gründet seine Ver-

[1]) sive — datos — sive dati sint!

[2]) der ja auch nach S. Administration hatte.

[3]) Daß die curatores a consule praetore praeside dati es i. d. R. nicht waren, wissen wir bekanntlich aus Gai. I 200.

mutung wohl darauf, daß der Satz in dem Kommentar zu dem Ediktstitel „rem pupilli salvam fore" stand. Aber daraus folgt nur, daß in § 4 curatore pupilli gestanden haben kann, nicht daß es dort gestanden haben muß. Gesetzt aber, es wäre hier gestrichen, so würde das offenbar nicht das geringste gegen die Existenz einer klassischen cautio rem adulescentis salvam fore beweisen. Ulpian hätte dann eben in § 4, wo er noch von der cautio rem pupilli handelte, den curator impuberis dem tutor impuberis gegenübergestellt, während er von der Kaution der anderen Kuratoren, einschließlich des curator adulescentis, in § 7f. gehandelt hätte. So mögen denn auch in D. 27, 3, 16 § 1[1]) (Ulp. 79 — nicht 74 — ad ed.) die Worte „sive adulescentis" interpoliert sein. Die Stelle gehörte im Original von Ulp. 79 wahrscheinlich mit § 4 cit. zusammen; die Nichterwähnung des curator adulescentis würde sich hier ebenso erklären wie dort. —

In D. 23, 2, 60 § 1 sind in dem Satze „si .... fideiusserit quis pro tutore vel curatore" die beiden letzteren Worte gewiß unecht. Das Original hatte es nur mit der Tutel zu tun, da sich die hier erläuterte oratio divorum Marci et Commodi nur auf den Tutor bezog. Aber für die uns beschäftigende Frage folgt daraus offenbar garnichts. —

Scaev. 20 dig. D. 26, 3, 11:

> Avia nepotibus curatorem dedit fideicommisso ei relicto: quaesitum est, an administrare curator compelli debeat. respondit curatorem quidem non esse, sed cum aliquid ei testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet, [nisi id quod ei datum esset nollet petere aut reddere esset paratus][2]). Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat. respondit quasi curatorem non debere, sed cum fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debere.

Curator soll hier für tutor interpoliert sein (Solazzi S. 23). Man fragt vergebens, was die Kompilatoren ver-

[1]) Cum curatore pupilli sive adulescentis agi poterit, etsi usque adhuc cura perseveret. [2]) Gradenwitz, Interpol. S. 200.

anlaßt haben könnte, in einem derartigen Spezialfall den curator nicht etwa, wie oft, neben den Tutor, sondern an seine Stelle zu setzen. Die gleiche Frage erhebt sich bei Ulp. 36 ad edict. D. 27, 8, 1 § 5, wo Solazzi (S. 149) die gleiche Interpolation annimmt:

> Si curatores fuerunt minus idonei dati, dicendum est teneri magistratus oportere, si ex suggestu eorum vel nominibus ab eis acceptis praeses dederit. sed et si ad eos remiserit, ut ipsi dent, vel post dationem, ut exigerent satisdationem, periculum ad eos pertinebit.

Gefolgert wird die Interpolation lediglich daraus, daß Ulpian im Kommentar zum Titel „de magistratibus conveniendis" den curator nur in § 5 cit. und dem darauf folgenden § 6 erwähne, wo Solazzi die Worte „vel curator" ebenfalls für interpoliert hält, sonst überall nur allein den Tutor. Allein diese letztere Tatsache erklärt sich daraus, daß auch im Edikt von den Pflichten der Magistrate nur in bezug auf Tutoren die Rede war. Daraus zu folgern, daß der curator, wo wir ihn erwähnt, und zumal wo wir ihn allein erwähnt finden, interpoliert sei, scheint mir mehr als gewagt. Und in § 5 cit. spricht gegen Interpolation die Wortstellung „si curatores fuerunt minus idonei dati", die dem Wort curatores einen besondern Nachdruck gibt, zu betonen scheint, daß es hier Kuratoren, nicht Tutoren waren, um die es sich handelte. Warum sollte man im Kommentar gerade hier und nur hier an stelle des originalen tutor den curator gesetzt haben? Dasselbe gilt von Modest. 6 resp. D. 27, 8, 8:

> Magistratus a curatoribus adulti cautionem exegerunt rem salvam fore: ex his alter sine herede decessit: quaero, an indemnitatem in solidum collega eius praestare debeat. Modestinus respondit nihil proponi, cur non debeat.

Vor exegerunt ist hier, wie schon Mommsen vermerkt, ein non ausgefallen. Im übrigen ist die Stelle ganz unverdächtig; insbesondere kann ich die Meinung Solazzis, der „adultus" überall für kompilatorisch hält, nicht teilen.

Auch diese Stelle belegt daher die Kautionspflicht des curator minoris. —

Noch schwerer wird mir die Zustimmung, wenn die Behauptung, curator sei für tutor interpoliert, in bezug auf Stellen auftritt, die außerhalb der von der Vormundschaft handelnden Digestenbücher stehen. So in bezug auf Modest. 13 resp. D. 46, 1, 41 pr.:[1])

> Respondit, si fideiussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, et post impletam legitimam aetatem tam ab ipso curatore quam ab heredibus eius solidum servari potuit et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit: non temere utilem in fideiussores actionem competere.

Der Satz, der hier exemplifiziert werden soll, konnte gerade so gut an den Indemnitätsbürgen eines Tutors, wie eines Kurators exemplifiziert werden. Wozu also die angebliche Interpolation? Daß aus dem Wort pupillus[2]) nicht ohne weiteres auf Tutel geschlossen werden kann, wurde schon öfter bemerkt. —

In den auf die Kaution bezüglichen Reskripten des Codex ist — daran ist nicht zu zweifeln — öfter der curator neben den tutor eingeschoben worden (oder umgekehrt), und die Interpolation hier überall schon dadurch wahrscheinlich oder sicher, daß die Kaiser aus der Anfrage in der Regel ersehen mußten, welche Art von Vormund in Frage stand. Auch wenn man aber hier überall den curator und nicht den tutor für interpoliert ansieht, kann daraus selbstverständlich für das klassische Recht der cura kein arg. e contrario gezogen werden, da die Reskripte ja natürlich immer nur den vorgelegten Fall entschieden. So geben daher Stellen, wie C. 5, 57, 1. 2; 5, 75, 1.[3]) 4 in der uns

---

[1]) Vgl. zu der Stelle Levy, Sponsio S. 147[3], der verschiedene Interpolationen vermerkt, die die uns interessierende Frage nicht berühren.

[2]) Für interpoliert hält „qui pupillus fuit“ Levy a. a. O. Der ganze Passus „et cessante . . . . . . desierit“ ist dadurch verdächtig, daß das Subjekt zu desierit fehlt.

[3]) Hier kann man wegen des § 1, der nur den curator nennt, zweifeln, ob nicht die Erwähnung der Tutoren interpoliert ist.

beschäftigenden Frage Beweise weder pro noch contra. Schwer fällt es aber auch hier, den curator auch in solchen Reskripten für interpoliert zu halten, wo er allein auftritt, wie in C. 5, 42, 1 (Valer. et Gallien.):

> Si nondum vobis aetas legitima completa est, satisdationem ab his, quos minus idoneos curatores vobis ab adversario, cum magistratu fungeretur, datos dicitis, postulate. prohibentur enim ab administratione, nisi securitati vestrae satisdatione prospexerint.

Hier muß man schon Solazzis Lehre für bewiesen halten, um an Interpolation zu glauben. —

Einen sehr starken Beweis für die Existenz der cautio rem adulescentis liefert Gai. I 199:

> Ne tamen et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut diminuantur, curat praetor, ut et tutores *et* curatores eo nomine satisdent.

Solazzi (S. 156) verwendet die Stelle in umgekehrter Richtung, mit Rücksicht darauf, daß Gaius gleich darauf in § 200 betont, die „curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed *qui* vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae *dan*tur“ brauchten in der Regel (plerumque) nicht zu kavieren: diese Unterscheidung hätte, meint er, für die curatores adulescentium, die ja nie e lege berufen seien, keinen Sinn gehabt. Gewiß nicht; wohl aber hatte sie Sinn, wenn bei ihr an sämtliche Arten von curatores zusammenfassend gedacht war. Und ich möchte meinerseits fragen: wie konnte, wenn Solazzi recht hätte, Gaius, der ja doch unmittelbar vorher den curator adulescentis als curator datus erwähnt hatte, von der Kautionspflicht handeln und von der regelmäßigen — wohlgemerkt: nur der regelmäßigen — Kautionsfreiheit der curatores dati, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß all das auf die curatores adulescentium gar keinen Bezug habe?

Solazzi (S. 156) unterschätzt auch die Unterstützung, die die herrschende Lehre in dem achten der Berliner Papiniansfragmente findet. Von diesem Fragment sind nur wenige Schriftzüge erhalten, aber doch genug, um seine

Identifizierung mit Pap. 5 resp. D. 26, 7, 39 § 5 zu ermöglichen:

> *Curatores adulescent*is mutu*i periculi gratia cautionem invicem sibi praebuerunt et in eam rem pignora dederunt*: *cum o*fficio *deposito solvendo fuiss*ent, *irritam cautionem esse factam et pignoris vinculum solut*um *apparuit.*

Vor dem deutlich erkennbaren mutu*i* hat das Berliner Fragment die Zeichen: **IIIS**. Dies beweist, daß in dem Fragment wie in den Digesten das Wort adulescentis stand. Das bestreitet zwar Solazzi; er meint, die zwei ersten Striche seien als Reste eines *R* anzusehen, und im Original werde statt „adulescentis" gestanden haben: impuberis. Aber aus einem R in Unzialschrift können niemals zwei senkrechte Striche werden, wohl aber können diese Striche Überbleibsel der zwei Buchstaben **NT** sein. So bleibt Solazzi als letzter Ausweg nur noch die Annahme einer vorjustinianischen Interpolation, für die aber, zumal in einer Responsensammlung, jeder ersichtliche Grund fehlt.[1]) Allerdings handelt die Stelle nicht von einer dem adulescens, sondern von einer unter den Kuratoren selbst gegenseitig bestellten Kaution; immerhin erweist sie die Verantwortlichkeit der Kuratoren auch jenem gegenüber. —

III. Die accusatio suspecti curatoris.

Es ist durch die Untersuchungen Taubenschlags[2]) und Solazzis[3]) höchst wahrscheinlich geworden, daß das klassische Recht zwischen der accusatio suspecti und der remotio scharf unterschied[4]) und daß erst durch Justinian eine übrigens schon vor ihm angebahnte Verschmelzung der beiden Rechtsinstitute eintrat. Die infamierende accu-

[1]) Ganz bedeutungslos ist m. E. der Hinweis Solazzis darauf, daß die weitaus meisten Responsen in dem langen fr. 39 cit. vom Tutor, nicht vom Kurator handeln. Eine Responsensammlung ist kein systematisches Werk, bei dem das Nebeneinander zweier nahverwandter Rechtsinstitute auffallen könnte.

[2]) Vormundschaftsrtl. Studien S. 27f. [3]) S. 259f.

[4]) Worin die Unterschiede bestanden, diese Frage kann hier dahingestellt bleiben.



satio suspecti geht auf die zwölf Tafeln zurück und scheint in ihrer Anwendung durchaus auf Tutoren beschränkt geblieben zu sein. Da sie hiernach nicht bloß beim curator adulescentis, sondern bei Kuratoren überhaupt nicht stattfand, so ist klar, daß diese ihre Anwendungsbeschränkung wesentlich historische Gründe und mit der Frage des Verwaltungsrechts, die uns allein beschäftigt, nichts zu tun hat; die im Urtext auf die accusatio suspecti bezüglich gewesenen Stellen, interpoliert oder nicht, interessieren uns also nicht und bleiben für uns außer Betracht. Anders steht es mit der Remotion. Der Remotion unterlagen sicher auch Kuratoren — wie wäre das auch anders möglich —, und wenn sich nun nachweisen ließe, daß von diesem Satz für den curator adulescentis eine Ausnahme zu machen wäre, so würde dies gewiß die These Solazzis, daß der curator adulescentis kein Verwaltungsrecht besessen habe, erheblich unterstützen. Wie steht es nun hier mit den Quellen?

Der auf die Remotion bezügliche Teil des Ulpianschen Ediktkommentars — an erster Stelle beschäftigte dieser sich mit der accusatio suspecti — beginnt mit D. 26, 10, 3 § 2:[1])

> Non tantum autem adulescentis curator, sed etiam furiosi vel prodigi [ut suspectus] removeri potest.

Die Äußerung ist durchaus unverdächtig; die Verdachtsgründe, die Solazzi (S. 161) anführt, verlieren durch die (S. 300) von ihm selbst gebilligte Beziehung auf die Remotion alles Gewicht.[2]) —

Ulp. D. 26, 10, 3 § 6:

> Quaeri potest, si tutor fuerit pupilli idemque sit curator confirmatus adulescenti, an possit ex delictis tu-

---

[1]) Vgl. Solazzi S. 300.

[2]) Auch die besondere Hervorhebung des curator ventris bonorumve in § 3 ist angesichts der besondern Natur dieser cura nicht auffallend, wogegen die Worte „non carebit huius criminis metu" wohl mit Beseler (Beiträge 1 S. 50) als kompilatorisch angesehen werden müssen, obgleich die Wendung „carere criminis metu" für mich an sich kein Verdachtsgrund wäre. Der Ausdruck „criminis" paßt nicht auf die Remotion.



telae suspectus postulari. et cum possit tutelae a concuratoribus conveniri, consequens erit dicere cessare suspecti accusationem, quia tutelae agi possit deposito officio et alio sumpto.

Statt „suspectus postulari“ wird in der Frage gestanden haben: removeri, und die Antwort, die der Jurist gab, hat, wie Solazzi (S. 162f.) mit Recht ausführt, Veränderungen erlitten, die sich nicht mehr genau feststellen lassen.[1]) Aber die gestellte Frage selbst ist ganz unverdächtig und setzt die Remotionsmöglichkeit offenbar voraus. —

Ulp. D. 26, 10, 3 § 8:

Si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit? ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest.

Hier stecken Interpolationen im ersten Satz[2]); wieweit sie gehen, kann dahingestellt bleiben. Der auf den curator minoris bezügliche Schlußsatz ist ganz unverdächtig. —

In D. 26, 10, 3 § 18 ist, wie aus dem Schluß „quia non est abire tutela iussus“ im vorhergehenden „vel cura“ interpoliert, möglicherweise auch in fr. 4pr. Für uns sind diese Interpolationen schon deshalb ohne Bedeutung, weil sie ja die cura überhaupt, nicht bloß die cura adulescentis angehen. —

Ulp. de omn. trib. 1 D. 26, 10, 7pr. und I. 1, 26, 4 gewähren den adulescentes das Recht der suspecti accusatio gegen ihre Kuratoren. Entweder ist der sie betreffende Passus interpoliert, wofür mindestens bei der ersten Stelle gute stilistische Gründe sprechen[3]), oder die Stellen handelten im Original von dem Betreiben der Remotion. In beiden Fällen sind sie für uns bedeutungslos.

---

[1]) Vielleicht ist die ganze Antwort Kompilatorenwerk, so daß sich im Original § 7 direkt an die in § 6 gestellte Frage anschloß.

[2]) Solazzi S. 163f. [3]) Solazzi S. 164f.



IV. Das privilegium exigendi.

Zur Unterstützung seiner These führt Solazzi (S. 169) auch an, daß nach den klassischen Quellen der minor am Vermögen seines Kurators kein privilegium exigendi besessen habe. Dies Privileg habe das Edikt, außer dem pupillus, nur dem furiosus gewährt, was nach D. 27, 10, 15 § 1 zutrifft; die Jurisprudenz habe es auf die debiles, prodigi, surdi muti, fatui ausgedehnt; der adulescens aber fehle in der Reihe. Ihm habe es erst Justinian im Weg von Interpolationen verliehen. Zu erklären aber sei diese Nichtprivilegierung durch den Mangel des Verwaltungsrechts. Sehen wir uns demgegenüber die Quellen etwas genauer an. Die sedes materiae ist der Digestentitel 42, 5 in den merkwürdig zusammengeflickten fr. 19 § 1—24 pr. Da lesen wir bei Ulp. 63 ad ed. in fr. 19 § 1, 22 pr.:

> Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est: nec interest, ipse debeat qui gessit sive heres eius [ceterique successores]. ipse autem pupillus habet privilegium, sed eius successores non habent. sed aequissimum erit ceteros quoque, quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur[1]), idem privilegium competere.

Ich meine, es liegt auf der Hand, daß Ulpian so nicht geschrieben haben kann. Der furiosus, der das Privileg ex edicto hatte, fehlt hier ganz, desgleichen der prodigus, sofern er unter cura legitima stand. Die debiles sind vor den prodigi genannt, und beide werden den Pupillen, die doch unter Tutel stehen, als ceteri, quibus curatores dantur gegenübergestellt. Daß hier die Kompilatoren durch Streichung oder Interpolation eingegriffen haben müssen, ist gewiß; wieviel sie aber gestrichen oder interpoliert haben, durchaus ungewiß. Sind die Fälle der uralten cura legitima ihnen zum Opfer gefallen, so wäre es wahrlich nicht wunderbar, wenn auch der curator adulescentis deren Schicksal

---

[1]) Hier ist aus Paul. 60 ad ed. und Gai. 24 ad ed. „vel surdo muto vel fatuo" eingeschoben.

geteilt hätte. Vergleichen wir nun damit die zweite Hauptstelle, Paul. 3 sent. D. 27, 10, 15 § 1:

> In bonis curatoris privilegium furiosi furiosaeve servatur. prodigus et omnes omnino, etiamsi in edicto non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur.

Solazzi hat gewiß recht, wenn er et omnes omnino für eine Interpolation erklärt. Aber unrecht hat er, wenn er meint, Paulus müsse hier die einzelnen Privilegierten aufgezählt haben. Die beiden Fälle der cura legitima sind aufs engste miteinander verwandt, und mindestens ebenso wahrscheinlich wie Solazzis Vermutung ist die andere, Paulus habe hier allein den prodigus erwähnt, also lediglich gesagt:

> prodigus, etiamsi in edicto non fit eius mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequitur.

Das ist um so eher möglich, als Paulus im dritten Buch seiner sententiae nur von erbrechtlichen Materien handelt, die Frage der Zuständigkeit des privilegium exigendi also nicht ex professo erörterte, sondern nur gelegentlich einer anderen Lehre, bei der vielleicht andere Fälle der cura ganz außer Betracht bleiben konnten, berührt haben wird.[1])

So zerfließen die Zeugnisse, aus denen auf eine Sonderstellung des adulescens geschlossen wird, in nichts, und übrig bleibt nur Ulp. 33 ad ed. D. 26, 7, 11:

> Circa pupillum, cuius tutor servus erat pronuntiatus, divus Pius rescripsit in rebus, quas ex pecunia pupilli servus comparaverat, dominum non posse uti praerogativa deductionis. quod et in curatore observandum est.

Solazzi (S. 170) erklärt den Schlußsatz für interpoliert; aber gerade hier fehlt es an jedem äußeren Anzeichen der Interpolation. Im Gegenteil: das, was Antoninus Pius für den Fall der Tutel reskribiert hatte, bedurfte der Ausdehnung auf die Fälle der cura, mag das privilegium exi-

---

[1]) Besprochen wird die interdictio prodigi von Paulus in der Lehre von der testamenti factio — 3, 4ª —, wohin aber die Bemerkung nicht recht paßt.

gendi nun allen oder nur gewissen Kuranden zugestanden haben, und es wäre fast auffallend, wenn Ulpian diese Ausdehnung unerwähnt gelassen hätte.[1])

Das Ergebnis ist also, daß zwar allerdings das privilegium des adulescens in unsern Quellen nicht ausdrücklich erwähnt ist, daß aber nach dem Zustand dieser Quellen ein Urteil darüber, ob es ihm zustand oder nicht, überhaupt nicht möglich ist.

V. Das Exkusationsrecht.

Das Exkusationsrecht wird von Solazzi (S. 171f.) nach zwei Richtungen zur Begründung seiner These herangezogen. Er bestreitet einerseits, daß die cura adulescentis in klassischer Zeit bei Berechnung der einen Exkusationsgrund bildenden tria onera mitgezählt worden sei: den Grund dafür sieht er darin, daß sie wegen des Fehlens der Administrationspflicht nicht als onus betrachtet worden sei. Er bestreitet ferner, daß es in klassischer Zeit eine Exkusation von der cura adulescentis gegeben habe; der Grund sei der gleiche: sie sei eben mangels der Administrationspflicht keine Last gewesen, hinsichtlich deren ein Exkusationsbedürfnis bestanden habe. Beide Behauptungen stehen in Widerspruch mit der herrschenden Lehre. Als Beweismittel verwendet Solazzi hier wie sonst wirkliche oder angebliche Interpolationen, aus denen sich ergebe, daß hier wie sonst die cura adulescentis erst in nachklassischer Zeit der Tutel gleichgestellt worden sei.

Ehe wir dies Material unter die kritische Lupe nehmen, gilt es sich folgendes klar zu machen. Zweifellos hat sich das ganze Exkusationsrecht auf dem Boden der Tutel entwickelt. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war, wie schon Rudorff[2]) ausführt, die Appellation gegen das Dekret, wodurch Jemand zum Vormund bestellt worden war; die Fälle der cura legitima fielen dabei, wie die der tutela legi-

---

[1]) Die Stelle gehört zu einer Erörterung über das privilegium dotis; sie bringt Analogien zu einer für dieses gegebenen Entscheidung. Vgl. Paling. Ulp. 956.

[2]) Recht der Vmsch. II S. 7f.

tima und testamentaria[1]), gänzlich aus. Ein eigentümliches Rechtsinstitut wurde die Exkusation erst durch die bekannte Reform M. Aurels, wodurch ein besonders geartetes Exkusationsverfahren eingeführt wurde. Was sodann die Exkusationsgründe angeht, so lassen sich zwar einzelne darunter bis auf Trajan[2]), Hadrian[3]), Antoninus Pius[4]) zurückverfolgen. Die große Masse derselben erhielt aber ihre positive Regelung erst durch Reskripte seit M. Aurel; darüber lassen die Schriften der Juristen keinen Zweifel. Erwägt man nun, daß diese Reskripte, wie die Reskripte überhaupt, in aller Regel nur den ihnen vorliegenden Fall entschieden haben werden, daß die Fälle der Tutel unendlich viel zahlreicher gewesen sein müssen als alle Fälle der cura zusammen, daß insbesondere auch die cura adulescentis infolge des für ihre Einsetzung erforderlichen Antrags im Vergleich mit der Tutel praktisch weit zurückgetreten sein muß, so erhellt, daß und warum auch in den Schriften der die Exkusation behandelnden Juristen die Tutel nach jeder Richtung im Vordergrunde steht. Wie unerträglich pedantisch, ja stilistisch fast undenkbar es gewesen wäre, wenn die Juristen in ihren Monographien über die Exkusation folgerichtig überall die Vormundschaft korrekt mit dem Doppelnamen „tutela vel curatio“ bezeichnet hätten, ist schon oben hervorgehoben worden. Sie werden vielmehr sehr häufig nur die tutela genannt und gehörigen Orts angemerkt haben, daß von der cura ganz dasselbe gelte.[5])

---

[1]) In D. 49, 4, 1 § 1 ist das Wort „testamento“ sicher interpoliert; eine Appellation gegen testamentarische Ernennung ist ja undenkbar. An Stelle von „testamento“ war im Urtext eine Behörde genannt.

[2]) D. 27, 1, 17 § 6. Vat. 233.

[3]) Vat. 141. 151. 222. 223. 235. 244. D. 27, 1, 6 § 19.

[4]) Vat. 179. 223. 244. D. 27, 1, 6 § 8. 10.

[5]) Vgl. Modest. 4 excus. D. 27, 1, 13 pr., wo Solazzi selbst (S. 189f.) den Satz „*τοῦτο δὲ παραφυλάττειν δεῖ καὶ ἐπὶ τῶν χειροτονηθέντων κουρατόρων*“ mit gutem Grunde für echt hält und nur die darauf folgende Begründung „*ἐν ὀλίγοις γὰρ* usw.“ vom Standpunkt seiner These aus beanstandet. Daß Modestin etwa im Eingang seiner Schrift bereits gesagt habe, daß alles, was er von der Exkusation der Tutoren sagen werde, auch für die Kuratoren gelte, diese von Solazzi (p. 192) bestrittene Hypothese halte auch ich nicht für glaubhaft.

Was aber sie unterließen, das holten dann Besitzer von Handschriften oder auch die Veranstalter von Exzerptensammlungen nach, auch sie nicht in konsequenter Durchführung, jene etwa, wenn sich ihnen ein besonderer Anlaß bot, ihnen z. B. ein die cura betreffender Fall vorlag, diese wohl auch ganz wahllos, nur um durch die wiederholte Miterwähnung der cura etwaige Zweifel über die Tragweite der ganzen Erörterung auszuschließen. Daß solche Einschiebsel in unsern Texten vorliegen — aber wohlgemerkt Einschiebsel, die sich keineswegs auf die Nennung der cura minoris beschränken, sondern die cura überhaupt betreffen — ist ganz zweifellos[1]); aber aus jedem nachgewiesenen Einschiebsel dieser Art schließen zu wollen, daß es sich hier um ein Novum gegenüber dem klassischen Recht handle, wäre mehr als verwegen.

Sehen wir uns nunmehr zunächst die Stellen an, die von dem onus trium tutelarum handeln und von Solazzi (S. 172f.) mit mehr oder weniger Bestimmtheit angezweifelt werden.

Bei Ulp. de excus. Vat. 125, 128 werden die „curae“ ohne jede nähere Bestimmung in die tria onera eingerechnet:

> Olim varie observa*ba*tur circa numerum tutelarum, sed hodie certo iure utimur tam ex rescriptis divorum (*principum*) quam ex constitutionibus imperatorum nostrorum: nam si quis tres tutelas sive curas habea*t*, excusatur.
>
> Hodie itaque, ut quis excusetur, tria onera allegare debet sive tutelarum sive curarum sive etiam curae kalendari. et sive eiusdem *sive non eiusdem* tituli sint tria onera, a quarta excusant.

Solazzi meint, wenn in Vat. 125 „sive curas“, in Vat. 128 „sive curarum“ dem Klassiker angehören, könne der Ausdruck die cura minoris nicht haben mitumfassen sollen. Wer Solazzis Lehre für bewiesen hält, kann allerdings kaum anders entscheiden; für uns aber, die wir seine Beweise erst noch nachprüfen wollen, liegt die Sache anders.

[1]) Albertario, lo sviluppo delle excusationes (1912), und Solazzi haben deren eine Menge nachgewiesen; bei Solazzi vgl. man z. B. die Ausführungen zu Modestins Monographie S. 186f.



Am Text von Vat. 128 weiß auch Solazzi nichts auszusetzen.[1]) In Vat. 125 findet er auffallend[2]), daß im Eingang nur vom numerus tutelarum, am Schluß aber von „tres tutelas sive curas" die Rede ist. Aber wer sagt denn, daß die ältere Praxis, auf die sich das olim varie observabatur bezieht, eine cura bei der Exkusationsfrage überhaupt schon mit in Rechnung brachte? Wir wissen zufällig aus D. 27, 1, 2 § 9, daß noch Severus und Caracalla in die Lage kamen, über die Anrechnung einer cura furiosi ausdrücklich reskribieren zu müssen; hinsichtlich dieser bestand also bis dahin noch Unsicherheit. Es wird also einfach seine Richtigkeit haben damit, daß man ehedem über den numerus tutelarum schwankte, daß aber zur Zeit, wo Ulpian schrieb, infolge von Kaiserreskripten sowohl die Zahl 3, wie die gleiche Anrechnung von tutelae und curae auf das onus feststand.

Paul. de excus. Vat. 231:

> Ii qui tres pluresve tutelas vel curationes vel permixto modo cuiuscumque separatas administrant, excusari a tutela curationeve solent. quod si fratrum tutelam suscipiant, pro una tutela *reput*antur eadem bona.

Solazzi (S. 109) meint, „curationes" müsse hier mit Ausschluß der administrationslosen cura adulescentis verstanden werden; auch hält er es für immerhin bemerkenswert, daß am Schluß nur von einer tutela, nicht von einer curatio fratrum die Rede sei.[3]) Allein wir sind nicht berechtigt, Einschränkungen in die Stelle hineinzudeuten, die darin nicht ausgesprochen sind; und, was den Schlußsatz anlangt, so ist die Beschränkung auf die tutela fratrum nicht nur nicht auffallend, sondern die nochmalige Erwähnung der cura wäre hier besonders pedantisch gewesen;

---

[1]) Namentlich auch nichts an der Sondererwähnung der cura kalendarii und an dem Worte hodie, beides mit vollem Recht.

[2]) Gegen Beseler, Beitr. 2, S. 105, und Albertario a. a. O. S. 12 mit Recht Solazzi S. 172 n. 1.

[3]) Damit soll auf die Möglichkeit hingedeutet werden, daß die ganze Erwähnung der cura auf Interpolation beruhe. So in der Tat Albertario a. a. O. S. 17f. Gegen ihn Solazzi S. 173 n. 1.

daß ein Tutor die Tutel mehrerer Brüder führte, war eben ein ungemein häufiger Fall, weit häufiger als der einer curatio über Brüder; daher bestand Veranlassung, jenen Fall zu nennen und den Schluß auf diesen dem Leser zu überlassen.

Papin. 5 resp. D. 27, 1, 30 § 1:

> Cum oriundus ex provincia Romae domicilium haberet, eiusdem curator decreto praesidis ac praetoris constitutus rerum administrationem utrubique suscepit. placuit eum duas curationes administrare non videri, quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur.

„Administrationem suscepit" widerspricht der These Solazzis; darum (S. 173): „per ritenerlo genuino è d'uopo credere che non sia un curator adulescentis, e bisognerebbe ad ogni modo ammettere un' interpolazione privativa che abbia soppresso il referimento alla curatio furiosi o ad altra implicante l'onere di amministrare". Gewiß, wenn man die These Solazzis als gegeben annimmt, aber auch nur dann!

Ulp. de off. praet. tut. Vat. 186 = D. 27, 1, 3:

> Tria onera tutelarum excusationem tribuunt.[1]) tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimoniorum separatio: et ideo qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium habent[2]), vel quibusdam tutor, quibusdam curator, unam tutelam suscepisse creditur.

Solazzi (S. 173) erklärt den „quibusdam curator" für einen curator pupilli, wofür die Stelle keinerlei Anhalt bietet, meint aber, auch wenn es ein curator minoris wäre, bliebe die Entscheidung „unam tutelam suscepisse creditur" doch richtig, ohne daß deshalb die cura minorum zu den tria onera gezählt zu werden brauche. Gewiß: die Entscheidung bliebe auch dann richtig, wenn die cura bei den tria onera nicht mitzählte; nicht aber wäre zu verstehen, daß man das Bedürfnis fühlte, diese Entscheidung zu geben.

---

[1]) dant excusationem *Dig.* [2]) haberent *Dig.*

Zu verstehen ist das nur, wenn, handelte es sich nicht um Brüder, die cura besonders zählen würde, so gut wie die tutela.

Modest. 2 excus. D. 27, 1, 2 § 9

Ἔτι μὴν καὶ οἱ τρεῖς ἔχοντες ἐπιτροπὰς ἢ τρεῖς κουρατίονας [ἢ ἀναμεμιγμένας τρεῖς κουρατορίας τε καὶ ἐπιτροπὰς] καὶ ἔτι μενούσας, [τοῦτ' ἔστιν μήπω ἐκβάντων τὴν ἡλικίαν τῶν ἀφηλίκων,] οὗτοί ἀφίενται εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορίαν καλούμενοι. ἀλλὰ μὴν κἂν κουράτωρ τις ᾖ μὴ ἀφήλικος, ἀλλὰ μαινομένου, εἰς τὸν ἀριθμὸν τῶν κουρατοριῶν καὶ αὐτὴ ὑπολογισθήσεται ἡ κουρατορία· ὅπερ οὕτως ἔχειν διδάσκει διάταξις Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου.

Als sicher interpoliert dürfen hier die beiden eingeklammerten Kommata gelten; das erste mit Rücksicht auf den bekannten Chiasmus, das zweite, weil es zu *καὶ ἔτι μενούσας* eine durchaus schiefe Erklärung gibt. Solazzi (S. 174) geht viel weiter. Nach ihm wäre die ganze Erwähnung der curatio im Eingang interpoliert, weil ja unter den „curationes“ die cura furiosi, von der nachher doch besonders gehandelt wird, selbstverständlich inbegriffen gewesen wäre; und ebenso kann er von seinem Standpunkt aus die Echtheit des *κἂν κουράτωρ τις ᾖ μὴ ἀφήλικος* unmöglich zugeben, nicht nur deshalb, weil ja im vorhergehenden (nach Streichung der erwähnten schiefen Erläuterung) vom curator adulescentis gar nicht besonders die Rede gewesen wäre, sondern vor allem auch deshalb, weil es ihm unmöglich vorkommen muß, daß dem Juristen die Einrechnung der cura adulescentis näher gelegen haben soll, als die der cura furiosi. Allein man bedenke, in welch seltsamer, ja unbegreiflicher Weise hiernach interpoliert worden sein müßte! Man hätte im Eingang die *τρεῖς κουρατίονας* eingeschoben, doch in der Absicht, damit die curatio adulescentis und nur sie zu bezeichnen; statt aber dies einfach durch den Zusatz *ἀφηλίκων* zum Ausdruck zu bringen, hätte man vorgezogen, die Beschränkung der Absicht durch die unpassende Erläuterung zu *καὶ ἔτι μενούσας* zu bekunden. Sehr viel wahrscheinlicher ist mir, daß vor *ἀλλὰ μὴν* gekürzt, nämlich ein Satz gestrichen worden ist, worin

ausdrücklich gesagt, vielleicht ebenfalls durch ein Reskript belegt war, daß die Einrechnung der cura adulescentis längst feststehe. Daran schloß sich dann zwanglos der Schlußsatz. Daß aber die Einrechenbarkeit der cura minoris früher zur Anerkennung gelangte als die der cura furiosi, ist wunderbar nur vom Standpunkt Solazzis aus. Diese Priorität kann reiner Zufall gewesen sein — die Kaiserreskripte entschieden eben den Fall, der ihnen vorlag —; es kann aber auch mitgespielt haben, daß die cura furiosi eine cura legitima war, der Gedanke, daß diese cura zugleich ein Recht des nächsten Agnaten sei, und daß man ein Recht, auch wenn damit Lasten verbunden seien, nicht zur Abwälzung anderer Lasten benutzen dürfe.

Als „assai grave" bezeichnet endlich mit Recht Solazzi (S. 175) Vat. 188 aus Ulp. de off. pr. tut.:

> In tribus non imputabitur tutela vel cura, quae affectata est. affectatam sic accipiemus, si vel appetita videatur vel, cum possit quis se excusare, ab ea se non excusavit. creditur enim affectasse qui onus cum posset declinare non recusavit, et id saepe decretum est in tutore, qui non potuit invitus dari tutor, vel curatore, qui cuius fuerat tutor, curator est nominatus.

Die Stelle handelt von der cura überhaupt; nichts deutet auf Interpolation.[1]) Solazzi weiß sich nur zu helfen durch den Hinweis auf die Möglichkeit, daß Ulpian in der Stelle doch nur an die curae gedacht habe, die nach Solazzi bei der Exkusation allein in Betracht kommen.

Man sieht: Solazzi ist entfernt nicht in der Lage, für seine Meinung, die cura adulescentis habe beim onus tutelarum nicht mitgezählt, aus den Quellen irgendeinen Beweis zu erbringen; seine ganze Beweisführung besteht in dem — mißglückten — Versuch, die klaren Gegenzeugnisse, die unsere Quellen bieten, durch Interpolationsvermutungen aus der Welt zu schaffen.

Wir kommen zu der zweiten Frage: gab es für den zur cura adulescentis Berufenen eine Exkusation? Die Sache

---

[1]) Anderer Meinung freilich Albertario a. a. O. S. 14f. Gegen ihn überzeugend Solazzi selbst S. 176 n. 1.

liegt, wie wir sehen werden, auch hier nicht anders. Man möchte erwarten, daß uns Stellen vorgeführt würden, worin das Exkusationsbedürfnis für den curator adulescentis so deutlich verneint oder unter solchen Umständen[1]) hineininterpoliert ist, daß daraus seine Nichtklassizität erhellte. Nichts von alledem. Solazzi ist auch hier überall nur auf der Defensive gegen die Zeugnisse der Quellen.

In einer Reihe von Quellentexten ist ausgesprochen, daß, wer die Tutel Jemandes geführt habe, daraus eine Exkusation von der cura dieses seines Mündels ableiten dürfe: Vat. 200, 220[2]), Paul. II 27, 2, C. 5, 62, 5 (Alex.). Jedermann wird dabei vor allem an die cura adulescentis denken.[3]) Solazzi (S. 176f.) glaubt sie einschränkend interpretieren und nur von den anderen Arten der cura verstehen zu dürfen. Freilich, eine Stelle, C. 5, 62, 20 nennt direkt den curator adulti; aber die Stelle ist von Diokletian, und für dessen Zeit nimmt Solazzi eine Rechtsänderung an.

Drei weitere Stellen befreien den Verlobten oder Ehemann von der cura über seine Braut oder Ehefrau; ihr Text wird insoweit von Solazzi nicht beanstandet, und daß es sich hier um eine cura minorum handelt, anerkannt. Es sind D. 27, 1, 1 § 5 (Modest. 1 excus.), Vat. 201 (Ulp. de off. pr. tut.), C. 5, 34, 2 (Alex.). Hier muß die Annahme aushelfen, daß der curator mulieris administratio besessen habe

---

[1]) Unter solchen Umständen: denn die bloße Tatsache, daß in eine klassische Stelle neben den darin genannten Tutor nachträglich auch noch der curator gesetzt worden ist, beweist, wie schon wiederholt bemerkt, garnichts. Vgl. oben S. 136. Im folgenden werden daher auch solche Stellen, bei denen nichts weiter hervorzuheben ist, als die Tatsache einer solchen Interpolation, beiseite gelassen.

[2]) Daß der lückenhafte Text in diesem Sinn zu ergänzen ist, kann nicht bezweifelt werden, mögen auch einzelne Worte unsicher bleiben.

[3]) S. (S. 176 n. 2) meint umgekehrt, der Fall müsse in klassischer Zeit ungemein selten gewesen sein und die Exkusationsfrage fast nur Schulwert besessen haben; denn Tutor und Mündel hätten gleiches Interesse daran gehabt, daß der Kurator ein anderer sei, der Tutor nämlich, um sich durch baldige Rechnungslegung befreien, der Mündel, um sich bei Abnahme der Rechnung durch den Kurator unterstützen lassen zu können. Aber jenem Interesse des Tutors dient ja gerade die Exkusation, und für den Mündel kommen bei der Wahl seines Vormundes doch wahrlich noch andere Interessen in Frage.

und deshalb auch exkusationsbedürftig gewesen sei. Nur schade, daß die Quellen das Administrationsrecht des curator mulieris nirgends als eine Besonderheit gerade dieser Art von cura erkennen lassen.

In D. 4, 4, 11 § 2 (Ulp. 11 ad ed.) wird von einem curator adulescentium ausdrücklich die Tatsache der Exkusation berichtet. Die Stelle wird aus ganz ungenügendem Grunde (vgl. oben S. 139) für interpoliert erklärt.

D. 27, 1, 36 § 1 (Paul. 9 resp.):

> Lucius Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum eius aetatis, ut curatores accipere debeat: quaero, si idem Titius pater petente eodem filio emancipato curator a praetore detur, an iure publico uti possit et nihilo minus trium filiorum nomine vacationem postulare. respondi praemium [quidem] patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere. [sed cum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit, si tali excusatione utendum esse temptaverit].

Bis auf den Schluß[1]) ist die Stelle durchaus unverdächtig. Solazzi (S. 179) ist freilich die Wendung „eius aetatis, ut curatores accipere debeat“ anstößig; ein solches Lebensalter habe es zu Paulus' Zeiten nicht gegeben; er vermutet daher, statt „curatores“ habe im Original „tutores“ gestanden. Letzteres ist unmöglich, da Tutor eines impubes emancipatus sein manumissor kraft Gesetzes ist und nicht kraft prätorischer Ernennung. Auch sind die Worte „petente eodem filio emancipato“ verständlich nur, wenn schon im klassischen Text „curator“ stand; Justinian hätte diese Worte sicher nicht interpoliert. Jenes debeat ist aber ganz harmlos: mag immer das Gesetz das Erfordernis eines Antrags aufstellen, ist es um deswillen weniger wahr, daß ein fünfzehnjähriger Junge zur Verwaltung seines Vermögens eines Kurators bedarf?

C. 5, 36, 2 (Alex.):

> Potuit quidem et debuit *competens iudex* in locum excusati curatoris, licet pupillus alios quoscumque haberet

[1]) Dazu Kalb, Die Jagd nach Interpol. S. 39f.

tutores, dare. quamvis autem curator cum aliis in locum eius substitutus sis, tamen periculo administrationis ultra pubertatis tempora non adstringeris.

Die Stelle handelt von einem curator pupilli. Im Eingang ist das Wort „curatoris" — darin hat Solazzi (S. 181) ganz recht — unecht, freilich m. E. keine Interpolation, sondern ein durch die nachfolgende Entscheidung veranlaßtes ungeschicktes Glossem. Der excusatus war ein tutor, den der Magistrat korrekterweise durch einen oder auch mehrere neue Tutoren hätte ersetzen müssen; statt dessen hatte er inkorrekterweise Kuratoren ernannt.[1]) Im Original stand:

Potuit quidem et debuit............ in locum excusati, licet pupillus alios quoscumque haberet tutores, *tutores* dare.

Aber auch so emendiert, bleibt die Stelle für Solazzi verhängnisvoll. Woher denn der Zweifel darüber, ob den versehentlich ernannten curator das periculum administrationis nicht auch noch ultra pubertatis tempora treffe, ein Zweifel, der bei Ernennung eines Tutor nicht bestanden hätte? Doch offenbar nur, weil es eine andere Art Kuratoren gab, die diese Gefahr unbezweifelt zu tragen hatten, die curatores adulescentium.

In D. 27, 1, 8 § 7 berichtet Modestin, daß ein Veteran sich von der cura über einen verwaisten miles minor nicht exkusieren könne. Derselbe Satz findet sich auch in C. 5, 65, 2 (Gordian), wo aber vielleicht erst die Kompilatoren diesen Fall der cura der Vervollständigung halber neben die ursprünglich allein genannte tutela filiorum conveterani eingesetzt haben. Der Satz selbst ist sicher klassisch, das gibt auch Solazzi (S. 183) zu. Er steht in Widerspruch mit seiner These: denn wenn es für den curator adulescentis Exkusationen überhaupt nicht gab, warum die Unzulässigkeit der Exkusation gerade hier besonders hervorheben? Er hilft sich durch die Annahme, der curator militis minoris habe, anders als der curator pagani, Administration

[1]) Vgl. Solazzi, S. 181 und den von ihm angef. Text Bas. 38, 1, 48.

gehabt, mit Rücksicht darauf, daß der Soldat seine Angelegenheiten nicht selbst verwalten könne. Aber bestand denn diese Schwierigkeit nur für den minderjährigen Soldaten? konnte dieser nicht, so gut wie der volljährige, sich einen Prokurator ernennen? und warum wird nur bei diesem Exkusationsgrund hervorgehoben, daß er auf die cura militis minoris keine Anwendung finde, und nicht umgekehrt, wie man es nach Solazzi erwarten müßte, bei allen anderen Exkusationsgründen, daß sie bei dieser cura im Gegensatz zu der Regel der cura minorum, ausnahmsweise Platz griffen?

VI. Die Prozeßfähigkeit der Minderjährigen.

Es muß m. E. heute als ausgemacht gelten, daß der minor pubes in klassischer Zeit durchaus prozeßfähig war, d. h. nicht nur sich gegenüber einer Klage selbständig defendieren, sondern auch selbständig ohne seinen Kurator als Kläger auftreten konnte. Diese seine Prozeßfähigkeit wird durch eine große Zahl von Zeugnissen bewiesen[1]), und wenn ich auch in der Wertung einzelner darunter von Solazzi abweiche, so wird das Gesamtergebnis dadurch nicht geändert. Die Prozeßfähigkeit ist ja auch praktisch eine fast notwendige Konsequenz der Geschäftsfähigkeit. Die scheinbar klassischen Stellen, die mit diesem Resultat in Widerspruch stehen, sind — auch darin stimme ich mit Solazzi überein — samt und sonders interpoliert, und zwar in einer Weise, die schon an sich darauf hindeutet, daß der klassische Rechtszustand ein anderer war. Zu diesen interpolierten Stellen gehört namentlich zweifellos Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 1 § 3[2]), Ulp. 52 ad ed. D. 36, 4, 5 § 20 Paul. 1 sent. 42, 1, 54 pr., 45 § 2.[3]) Unecht ist auch der Schlußsatz von Ulp. 60 ad ed. 42, 5, 5 von licet ab, wobei ich allerdings eher an ein ungeschicktes nachklassisches Glossem als mit Solazzi (S. 227 f.) an eine Interpolation denken

[1]) Vgl. Solazzi S. 196 f.

[2]) Vgl. Solazzi S. 206 und die dort angef. älteren Schriftsteller (A. Faber, Rudorff, Gradenwitz).

[3]) Zu diesen drei Stellen vgl. Solazzi S. 230 f.

möchte.[1]) Wenn ich bei anderen Stellen hinsichtlich des Maßes oder der Art der anzunehmenden Interpolation von Solazzi differiere[2]), so ist auch dies für das Gesamtergebnis ohne Bedeutung. Ich gehe auf dies Material weiter gar nicht ein. Durchaus verträglich mit dieser vollen Prozeßfähigkeit der Minderjährigen ist — dies sei noch gesagt — daß er für Andere — wegen der Restitutionsgefahr — nicht als defensor idoneus galt, Ulp. 60 ad ed. D. 3, 3, 51 pr. (Solazzi S. 199), wie auch, daß er bis zur Vollendung des 17. Lebensjahres nach dem Edikt de postulando zum Postulieren eines advocatus bedurfte, den ihm im Notfall der Prätor bestellte, Ulp. 6 ad ed. D. 3, 1, 1 § 3. 4 (Solazzi S. 234f.). Und ebensowenig kann die Prozeßfähigkeit des minor durch die in dem Papyrus BGU 611 fragmentarisch erhaltene oratio principis (Solazzi S. 231 f.) widerlegt werden; denn hier verhindern die in dem entscheidenden Passus vorhandenen Lücken jeden auch nur halbwegs sicheren Schluß in der uns hier allein interessierenden Richtung.[3])

[1]) Die Stelle gehört der Inskription nach als Kommentar zu dem Edikt Qui absens iudicio defensus non fuerit, und wollte betonen, daß der minor pubes die dem Pupillen in diesem Edikt eingeräumte Ausnahmsstellung nicht habe (EP.[2] S. 400 n. 9), d. h. bei mangelnder Defension der bonorum venditio ausgesetzt sei, auch wenn die absentia sich nicht als latitare charakterisiere: etsi non latitet. Der nachklassische Glossator mißverstand diese Worte, als ob sie besagen wollten, daß ein Minderjähriger gar nicht „latitieren" könne, weil er (was nur für das nachklassische Recht zutrifft) sich selbst nicht defendieren könne. Das licet hinter dem etsi ist schon stilistisch unmöglich.

[2]) So ist z. B. bei Modest. 2 resp. D. 3, 5, 26 (Solazzi S. 199) m. E. zwar der Satz „fratre — constituto" ein Einschiebsel, der Eingang aber unverdächtig. Die minor aetas des einen Bruders wird hier nicht als etwas rechtlich für die Entscheidung bedeutsames erwähnt, sondern nur um zu erklären, wie es kam, daß der ältere Bruder tatsächlich so selbstherrlich über das gemeinsame Grundstück zu verfügen vermochte.

[3]) Die von Solazzi S. 233 vorgeschlagene Ergänzung halte ich freilich aus sachlichen und sprachlichen Gründen für unmöglich: weder kann unter dem „auxilium legis Plaetoriae" die vom Prätor eingeführte in integrum restitutio verstanden werden, noch ist die übrigens auch aus andern Gründen anstößige Konjektur „careant" mit dem vorhergehenden Akkusativ lites (oder res) suas agendas zu vereinbaren. Der Akkusativ verlangt (mit größter Wahrscheinlichkeit) ein vorhergehendes ad.

Nur eine Frage bleibt nach alledem zu erörtern: was war die rechtliche Stellung des Kurators gegenüber dem prozeßfähigen minor? Besaß der pubes volle Prozeßfähigkeit, können wir dann annehmen, daß der curator gleichwohl ohne weiteres befugt war, ihn prozessual zu vertreten? und wenn er dazu nicht befugt war, wie verträgt sich dieser Mangel mit dem Administrationsrecht, das wir dem Kurator zuschreiben?

Dem curator adulescentis fehlte in der Tat zur Zeit der Klassiker das prozessuale Vertretungsrecht, das vielmehr im Edikt ausdrücklich nur dem tutor impuberis und dem curator furiosi eingeräumt war. Wo immer die Klassiker das Gegenteil zu sagen scheinen, stoßen wir auf deutliche Merkmale der Interpolation. Echt sind nur die Stellen, die den curator als defensor seines Mündels erwähnen[1]; aber dies Defensionsrecht ist ja garnichts besonderes; defendieren — unter Stellung der cautio iudicatum solvi, Gai. IV 101 — konnte den minor ja auch jeder andere. Verändert dagegen sind fast alle die Stellen, die dem curator für seinen Mündel die potestas agendi zuschreiben. Ulp. 77 ad ed. D. 46, 7, 3 § 1 f. führt die Personen auf, die vertretungsweise die cautio pro praede litis et vindiciarum zu fordern berechtigt sind; sie sind — gewisse Ausnahmen (§ 3) vorbehalten — identisch mit denjenigen, die nach dem Edikt die potestas agendi pro alio besitzen (arg. § 3 und 5). In § 6 ist hier von dem curator die Rede, aber im Urtext augenscheinlich nur vom curator furiosi und pupilli. Was auf deren Erwähnung folgt:

> ceterorum quoque curatores, puta adulescentis, vel si alterius cuius curator sit, committi puto stipulationem —,

dies Gestammel ist dem Ulpian nicht zuzutrauen.[2] Offenbar war die potestas agendi für den Mündel im Edikt nur denjenigen Arten von Vormündern verliehen, zu deren Gunsten auch eine Ausnahme vom Postulationsverbot des Infamenedikts (EP. § 16) gemacht war. Längst als interpoliert anerkannt sind ferner Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 1 § 3. 4, wo der Kurator in Angelegenheiten des Mündels als rechter

---

[1]) Solazzi S. 219f. [2]) Solazzi S. 204f.

Beklagter und Kläger hingestellt wird.[1]) Deutliche, z. T. schon von Andern bemerkte, Interpolationsmerkmale tragen auch Ulp. 6 opin. D. 8, 5, 15[2]), Ulp. 36 ad ed. D. 12, 3, 4pr. und weitere von Solazzi S. 204 f. behandelte Stellen.

Trotz alledem glaube ich, daß Solazzi mit seinen Folgerungen zu weit geht. Man muß erwägen, daß, mochte auch das Edikt nur dem curator furiosi die potestas agendi für den Mündel beilegen, doch der Prätor dadurch nicht gehindert war, aus besonderen Gründen gelegentlich auch einen anderen curator als Kläger zur Litiskontestation zuzulassen. Namentlich in zwei Fällen scheint mir dazu ein dringendes Bedürfnis vorgelegen zu haben. Hatte der curator adulescentis, wie wir im Gegensatz zu Solazzi glauben, Administrationsrecht und Administrationspflicht, so muß es ihm möglich gewesen sein, den früheren tutor auch wider den Willen des vielleicht leichtsinnigen oder schwer zu leitenden oder von dem Tutor beeinflußten Mündels zur Rechnungsablage und Herausgabe des Vermögens zu zwingen; denn ohne solche konnte er weder jenes Recht gebrauchen noch jener Pflicht genüge tun. Ich trage daher Bedenken, den Bericht des Paulus I 4, 2 anzuzweifeln:

> Tutor post finitam tutelam si in administratione duret, actione negotiorum gestorum pupillo vel curatori eius tenebitur.

Ebensowenig halte ich, wie es Solazzi will, für interpoliert Modest. 6 resp. D. 26, 7, 32pr.

> Sine herede tutor decessit: quaero, an curator pupillo datus, cum neque inventaria neque alia instrumenta a fideiussore[3]) tutoris exhibeantur, possit eundem fideiussorem[4] convenire ex stipulatione, quanti pupilli interest. Modestinus respondit in id quod tutor conveniri potuit, fideiussorem[4]) quoque conveniri posse.

Solazzi (S. 213) bemerkt zu dieser Stelle: nach dem Tod des Tutors werde dem impubes kein Kurator, sondern ein anderer Tutor ernannt. Aber in der Stelle steht nicht,

---

[1]) Solazzi S. 206f. [2]) Solazzi S. 209. [3]) sponsore *Mod.* [4]) sponsorem *Mod.*

daß der Tutor durante tutela gestorben sei. Es ist einfach gefragt, ob und worauf der curator den sponsor des erblosen Tutor belangen könne. Nichts lag vor, was die Kompilatoren hätte bestimmen können, den neuen Vormund, wenn Modestin ihn als tutor bezeichnet hatte, in einen curator zu verwandeln.[1] Ein zweiter Fall, wo der Prätor m. E. aus zwingenden praktischen Gründen den Kurator zur aktiven prozessualen Geltendmachung von Rechten des Minderjährigen zulassen mußte, war die Erbittung der Restitution. Hatte der Kurator Administrationsrecht, so mußte er auch die Möglichkeit haben, von dem Minderjährigen leichtsinnig geschlossene Geschäfte, die seine Verwaltung durchkreuzten, aus dem Wege zu räumen, auch wenn dieser sich weigerte, die Restitution zu beantragen. Ich bin daher wenig geneigt, eine sonst unverdächtige Stelle bloß um deswillen zu beanstanden, weil sie den Kurator selbst Restitution beantragen läßt. Für unverdächtig halte ich insbesondere Modest. 2 resp. D. 4, 4, 29pr.:

> Etiamsi patre eodemque tutore auctore pupillus captus probari possit, curatorem postea ei datum nomine ipsius in integrum restitutionem postulare non prohiberi.

Solazzi (S. 209) nimmt Interpolation an, nämlich Ersetzung des ursprünglichen „tutorem" durch „curatorem". „Postea" würde, meint er, zwar genügen, um anzudeuten, daß dem Vater ein anderer Tutor gefolgt, nicht aber, um klarzustellen, daß der Pupill mündig geworden sei. Ich dächte doch, daß „postea" in Verbindung mit „curatorem" über diesen Punkt für den unbefangenen Leser keinen Zweifel läßt.

Immerhin bin ich mit Solazzi darüber einig, daß der Kurator regelmäßig als Vertreter des klagberechtigten Kurators nicht zugelassen wurde. Man muß die Frage aufwerfen, aus welchem Grund dem sonst administrationsberechtigten Kurator diese Befugnis vorenthalten wurde.

[1]) In D. 26, 10, 3 § 6 sehe ich zwar keinen ausreichenden Grund, gerade die Worte „a concuratoribus" für interpoliert zu erklären; aber der ganze Satz, worin sie vorkommen, ist verdächtig (s. S. 183f.) und bleibt daher außer Betracht.



Der Grund liegt indes ziemlich nahe. Auf Geschäfte mit dem minor pubes brauchte sich Niemand einzulassen, trotz seiner Geschäftsfähigkeit; verklagen lassen aber mußte man sich von ihm, und hätte man also neben ihm noch den Kurator als klageberechtigt zugelassen, so hätte dies für den Gegner die Möglichkeit einer schweren Belästigung bedeutet. Die potestas rem in iudicium deducendi konnte man dem Kurator nicht geben, ohne die Prozeßfähigkeit des adulescens illusorisch zu machen; gab man sie ihm aber nicht, und gab man ihm gleichwohl die potestas agendi, so war der Beklagte der Gefahr doppelter Belangung und doppelter Defensionspflicht ausgesetzt. Gewiß, die vom Kurator jedenfalls zu stellende cautio ratam rem haberi gewährte dem Beklagten Deckung, und auf Grund dieser Deckung konnte man ihn auch ausnahmsweise zur Klage zulassen, wo das Interesse der Administration dies forderte; daraus aber, bei der vollen Prozeßfähigkeit des Minderjährigen, eine Regel zu machen — wie das beim curator furiosi allerdings geboten war — wäre äußerst bedenklich gewesen. Regelmäßig wird der Kurator in der Lage gewesen sein, den Minderjährigen gebotenenfalls zum prozessualen Vorgehen zu veranlassen.

Die Prozeßfähigkeit des adulescens war nun freilich für den Gegner mit einer andern Gefahr verknüpft: der drohenden Gefahr der Restitution. Die Quellen lassen deutlich erkennen, wie man dieser Gefahr begegnete[1]): der Gegner forderte den Minderjährigen auf, sich einen curator in litem zu erbitten, und wenn er diesem Ansinnen nicht entsprach, wurde ihm der curator von Amtswegen bestellt, wie dies durch C. 5, 31, 1 (Caracalla) und 7 (Gordian) und I. 1, 23, 2 bezeugt ist. In der Regel dürfte dieser curator in litem den Prozeß dann wohl nicht selbst als Vertreter übernommen, sondern sich darauf beschränkt haben, dem minor dabei zu assistieren, Ulp. 13 ad ed. D. 26, 7, 25. Ausgeschlossen wurde dadurch die Restitution freilich, wie aus eben dieser Stelle ersichtlich, de iure nicht; wohl aber wird sie tatsächlich in der Regel zurückgewiesen worden sein.

[1]) Dazu Solazzi S. 221.

Es ist dasselbe Verfahren, das nach D. 4, 4, 7 § 2[1]) auch bei Zahlungen an den Minderjährigen beobachtet zu werden pflegte.

Erst im nachdiokletianischen Recht wird es unbedingter Grundsatz, daß der Minderjährige zur Klageerhebung, wie zur Defension des Konsenses eines Kurators bedarf. Man darf sich, wie Solazzi (S. 223) mit Recht bemerkt, nicht irre führen lassen durch C. 3, 6, 2 (Diocl. et Max.):

> In rebus quae privati iudicii quaestionem habent, sicut pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, ita et adultus curatore consentiente litem et intendere et excipere debet.

Solazzi (S. 223) zweifelt mit Grund an der Echtheit dieser Stelle trotz ihres absolut klassischen Stils, deshalb weil offenbar dem gleichen Reskript (an Aurelia Agemache adressiert) auch Vat. 326 entstammt, wo sich das, was wir l. c. lesen, nicht findet, wohl aber statt dessen die Bemerkung:

> procuratorem tam puellam tutore auctore quam adultam posse facere nulli dubium est.

Daß die adulta einen Prokurator habe ohne Kurator ernennen können — das muß nach der Stelle angenommen werden, da sie vom Kurator nichts sagt —, um aber selbst zu prozessieren, des consensus curatoris bedurft habe, wird niemand für wahrscheinlich halten.

VII. Die cura minorum und die actio negotiorum gestorum.

Von einem ganz anderen Ausgangspunkte aus als Solazzi will Partsch den Nachweis führen, daß der klassische curator adulescentis des Administrationsrechts entbehrte. Er nimmt, einerlei einstweilen, aus welchen Gründen an, daß das ediktale iudicium negotiorum gestorum nur auf den voluntarius procurator berechnet und nur für ihn

[1]) Die Stelle ist jedenfalls insoweit ganz unverdächtig. Ob sie im übrigen Interpolationen enthält — dazu Partsch S. 78 in der Note und die dort angef. — kann hier dahingestellt bleiben.



bestimmt gewesen sei. Ist diese Annahme richtig, so ergibt sich die Konsequenz, daß auf Verwalter kraft Amtes, wie es der curator furiosi und prodigi unbezweifelt waren, die actio negotiorum gestorum als directa nicht anwendbar gewesen sein kann, sondern nur eine utilis n. g. actio: eben diese Konsequenz glaubt Partsch in den Quellen bestätigt zu finden. Dagegen, so meint er, sei nach den Quellen für die Auseinandersetzung zwischen dem curator adulescentis und seinem Mündel die actio n. g. directa zuständig gewesen, und daraus folge, daß dieser Kurator kein Verwalter kraft Amtes gewesen sein könne. Habe er tatsächlich die Verwaltung übernommen, so habe er als voluntarius procurator fungiert, womit die Anwendbarkeit der actio directa gegeben gewesen sei. Erst Justinian habe der directa auch hier die utilis n. g. actio substituiert.

Gegen diese Auffassung drängen sich, zunächst von den Quellen abgesehen, zwei schwerwiegende Bedenken auf. Ist es denkbar, daß das Edikt, und zwar noch das Julianische Edikt, kein Rechtsmittel enthalten haben sollte, womit die Verantwortlichkeit der administrierenden Kuratoren geltend gemacht werden konnte, daß die Rechenschaftspflicht dieser Kuratoren vielmehr nur durch die Jurisprudenz und eine an sie angelehnte, die actio über ihre ediktalen Grenzen ausdehnende Praxis begründet wurde? Und weiter: wenn der curator adulescentis die Vermögensverwaltung nur als freiwilliger Prokurator des vollkommen handlungsfähigen adulescens übernehmen konnte, so liegt auf der Hand, daß dies in aller Regel mit dem Willen und auf Ersuchen des adulescens geschehen, d. h. daß der Kurator fast immer dessen Mandatar, und nicht sein bloßer Gestor, gewesen sein müßte, daß wir also in den Quellen als hier zuständiges Rechtsmittel in der Überzahl der Fälle die actio mandati und nicht die actio negotiorum gestorum zu erwarten hätten. Auch Partsch hat sich diese Einwendung gemacht.[1]) Aber er meint, es sei das wohl „so zu erklären, daß man nicht ein Geschäft zwischen curator und adulescens annehmen wollte, um nicht dieses Auftragsverhältnis

---

[1]) S. 75f.

dem Plätorischen Einwand auszusetzen." Mir scheint das keineswegs durchschlagend. Zunächst: die actio mandati contraria, mit der die Haftung des Mündels geltend zu machen gewesen wäre, geht bekanntlich lediglich auf Ersatz der impendia bona fide facta. Ich sehe nicht, welche Bedeutung gegenüber einem Anspruch solchen Inhalts jener Einwand hätte besitzen können. Weiter aber: Partsch nimmt, wie ich glaube, mit Recht an, daß die Formel der actio negotiorum gestorum durch ihre Fassung ihre Anwendung im Fall eines Mandats ausschloß; er vermutet sogar, daß die Worte „sine mandatu" darin enthalten waren, und glaubt, daß man gerade aus diesen Worten die Unanwendbarkeit der actio directa auf andere Fälle als die der freiwilligen Geschäftsführung gefolgert habe. War dem nun so, so konnte man doch unmöglich, falls der adulescens seinem Kurator tatsächlich einen Verwaltungsauftrag gegeben hatte, durch Ignorierung dieser Tatsache die ihrem Wortlaut nach unverwendbare Formel ohne weiteres anwendbar machen; ein Mandat lag dann doch vor, und das „sine mandatu" traf nicht zu. Meines Erachtens liefert daher der Umstand, daß wir im Verhältnis zwischen curator und adulescens nirgends der actio mandati begegnen, für sich allein schon den Beweis, daß Partsch (und Solazzi)[1]) dies Verhältnis nicht richtig auffassen.

Welchen positiven Befund aber ergeben nun unsere Quellen? Kein Zweifel — darin stimme ich mit Partsch überein —, daß Justinian das zwischen dem adulescens und seinem curator stattfindende Rechtsmittel als utilis negotiorum gestorum actio aufgefaßt wissen wollte. Er selber bezeichnet es so in C. 5, 37, 26 § 1, und die Byzantiner[2]) folgen ihm darin. Kein Zweifel ferner, daß dies keine Besonderheit der cura adulescentis sein, sondern gleichermaßen von allen Fällen der cura gelten sollte. Das erweisen die Digestenrubriken 27, 3 und 27, 4: de tutelae et .... utili curationis causa actione und de contraria tutelae et utili

[1]) S. oben S. 131 n. 2.

[2]) Doroth. zu D. 27, 3, 13 (Bas. 38, 3, 13 sch. 1), Anon. zu D. 27, 3, 13 (eod. sch. 3), D. 3, 5, 34 (Zach. suppl. p. 151 sch. 75), D. 27, 5, 3 § 6. 7 (Bas. 38, 5, 1 sch. 4 und 5).

actione: daß diese utilis actio nichts anderes sein sollte als die utilis n. g. actio, entspricht ja der allgemein herrschenden Meinung und war auch die Meinung der Byzantiner.[1]) Auf der anderen Seite wissen wir durch das Zeugnis des Thaleläus, daß in dem Urtext des Reskriptes von Caracalla, das jetzt als C. 2, 18, 8 figuriert, nicht gegen beliebige Geschäftsführer, sondern gegen den curator adulescentis die actio n. g. directa zugelassen war und daß die Kompilatoren den Text änderten, *ἵνα μηδὲν ᾖ τὸ ἀντικείμενον.*[2]) Die Leute Justinians haben also zweifellos hier am klassischen Recht geändert. Wenden wir uns nun zu den Stellen der Digesten und des Codex, die sich mit der wider die Kuratoren zuständigen actio beschäftigen, so finden wir, daß sie als solche zum Teil die n. g. actio schlechtweg bezeichnen, zum Teil eine utilis n. g. actio oder, was gewiß auf dasselbe hinausläuft, eine utilis actio ohne näheren Beisatz. Wie haben wir diese Zeugnisse zu werten? Ich denke, es ist klar: die Stellen, die die actio n. g. schlechtweg, d. h. in klassischen Texten die directa, gewähren, haben eine starke Vermutung der Echtheit für sich; denn so leicht es sich begreift, daß die Kompilatoren gelegentlich solche Stellen durchschlüpfen ließen, so unglaublich wäre die Annahme, daß sie die im Urtext vorgefundene Bezeichnung als utilis im Widerspruch mit den Absichten Justinians gestrichen hätten. Umgekehrt, die Texte, die von actio utilis reden, legen schon an sich den Interpolationsverdacht nahe, und wenn dieser noch durch andere Momente gestützt wird, so wird er zur Gewißheit. Bei dreien von den fünf hierhergehörigen Texten ergibt sich die Interpolation schon daraus, daß die zuständige actio als „utilis actio" oder „utile iudicium" schlechtweg bezeichnet wird, ohne jeden Zusatz. Es sind dies Ulp. 29 ad edict. D. 15, 1, 9 § 4[3]), Ulp. 6 opin.

---

[1]) Vgl. die in der vorigen Note angef. Stellen des Anonymus, besonders die letzte: *τῇ οὖν οὐτιλίᾳ κατέχεται ὡς πᾶς κουράτωρ.*

[2]) Zachar. suppl. S. 158 sch. 21. Dazu Partsch S. 68 n. 6.

[3]) Diese Stelle handelte im Urtext nur von der Tutel. Nicht bloß die Erwähnung der cura (Solazzi S. 34), auch die der negotiorum gestio geht auf Interpolation zurück. Deutliches Indiz dafür ist das auf his personis zurückzubeziehende falsche Maskulinum quorum.

D. 27, 9, 10, Carac. C. 5, 54, 2. Das Reskript C. 2, 18, 17 (Diocl. et Max.) ferner handelt von der Haftung nicht des Kurators, sondern seiner Erben, und zwar aus eigenen Verwaltungshandlungen, nicht aus solchen ihres Erblassers, d. h. von einem Fall gewöhnlicher negotiorum gestio; die Interpolation beruht hier auf einem Versehen der Kodexredaktoren, — troppo zelo, wie schon Alibrandi[1]) bemerkt hat. Bleibt noch das Reskript der gleichen Kaiser C. 5, 51, 7:

> Quidquid tutoris dolo vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint, hoc etiam in tutelae sive negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti iuris.

Partsch (S. 71 n. 1) will in dieser Stelle nur die Worte „vel lata culpa vel levi culpa" streichen.[2]) Die Erwähnung des curator dagegen hält er für echt und läßt den Einwand nicht gelten, daß die Kaiser doch aus der Anfrage hätten wissen müssen, ob es sich um einen tutor oder einen curator handle: „tutor sive curator" bezeichne in der Zeit dieses Reskriptes bereits nicht mehr zwei verschiedene Arten von Vormündern; der Unterschied zwischen tutor und curator sei damals schon ganz verblaßt gewesen, und daher habe man denselben Vormund mit dem Doppelausdruck „tutor sive curator" bezeichnet.[3]) Ein solcher Sprachgebrauch ist indes für Reskripte Diokletians noch nicht sicher nachgewiesen.[4]) Daß er unserm Reskript nicht zugrundeliegt, ergibt die Wortstellung: wäre mit „tutor

---

[1]) Bullett. 2 p. 153.

[2]) Mitteis, Röm. Priv.-R. I S. 335 n. 76, streicht nur „vel lata culpa". Aber „dolo vel levi culpa" ist, wie Solazzi S. 245 n. 3 mit Recht bemerkt, unmöglich; er selbst vermutet im Urtext „tutoris culpa".

[3]) Vgl. Partsch S. 92f.

[4]) Einen sicheren Anhalt gibt auch nicht das Consult. 5, 6 zitierte Reskript aus dem Cod. Herm. Der Tatbestand ist uns dort nicht vollständig überliefert (vgl. die Bemerkung: inter cetera et ad locum). Der Satz, womit das Zitat anfängt, „Si tutor vel curator plus petierit, causa cadit", stellt nur abstrakt einen Rechtssatz fest, der sehr wohl in allgemeinerer Form angeführt werden konnte, als dies für die Entscheidung des einzelnen Falles erforderlich war. Dies gegen Partsch S. 94 unt.

sive curator" nur ein Vormund bezeichnet, so müßte es heißen: quidquid tutoris sive curatoris dolo minores amiserint. Das Nachhinken des „sive curatoris" zeigt deutlich, daß die Entscheidung für zwei verschiedene Arten von Vormündern gelten sollte; das aber, und also auch die Erwähnung der utilis n. g. actio, kann nur auf Rechnung der Leute Justinians gesetzt werden. Es sind hiernach sämtliche Zeugnisse, die die actio zwischen Kurator und Mündel als utilis actio bezeichnen, interpoliert.

Die actio n. g. schlechtweg, d. h. also die directa, wird als gegen den Kurator zuständig ebenfalls in fünf Stellen erwähnt. Unter diesen ist eine sicher interpoliert, C. 4, 26, 1, ein Reskript Severs und Caracallas, das die Interpolation durch den Doppeltatbestand „cum filius familias tutor [aut curator] datur" verrät. In den übrigen vieren halte ich die Erwähnung der n. g. actio für klassisch. Über Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 5 § 6 habe ich mich schon oben (S. 152) ausgesprochen. In D. 27, 3, 13 — aus dem gleichen Buch Ulpians — nimmt Solazzi (S. 69) weitgehende Interpolationen an, m. E. mit Unrecht. Die Stelle ist nur gekürzt. Der Eingang bis „continebitur" gibt die Meinung eines andern, von Ulpian angeführten Juristen wieder[1]), dessen Namen die Kompilatoren, wie öfter[2]), unterdrückt haben. Von „et est verum" ab nimmt Ulpian Stellung. Keinen entscheidenden Grund sehe ich dafür, den Schlußsatz anzuzweifeln:

> Sed et si quis, cum tutelam administrasset, idem curator adulescenti fuerit datus, dicendum est negotiorum gestorum eum conveniri posse.

Zwar hat der Klassiker gewiß nicht geschrieben: negotiorum gestorum (conveniri posse), sondern n. g. actione oder iudicio. Aber die Weglassung von actio oder iudicium beim Aktionennamen — das sog. Collinet'sche Interpolations-

---

[1]) Unrichtig ist die Behauptung Solazzis: il tutore, che vende i fondi del pupillo „post pubertatem", compie un atto nullo. Der Verkauf ist gültig, verpflichtet und berechtigt den Verkäufer, sodaß die Frage nach der Auseinandersetzung wegen solcher Geschäfte sehr wohl aufgeworfen werden konnte.

[2]) Vgl. Krüger, Gesch. d. Quellen[2] § 43 n. 34. 35.

merkmal[1]) — ermöglicht für sich allein durchaus keinen auch nur einigermaßen sicheren Schluß auf weitergehende Textveränderung, da überall die Möglichkeit offen bleibt, daß der byzantinische Eingriff sich einfach auf die Streichung des fraglichen Worts beschränkt.[2]) Wo, wie hier, der Text im übrigen tadelloses Latein aufweist, wird diese Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit. Übrig bleiben nun von den fünf noch zwei Stellen, die zufällig von Kuratoren handeln, die auch nach der neuen Lehre unstreitig Administrationsrecht und Administrationspflicht haben, also nach Partsch mit actio utilis belangt werden müßten. Paul. 8 ad Sab. D. 27, 3, 4 § 3:

> Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est: quae competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione dum impubes est is cuius tutela geritur, constitutum est.

Mag der Begründungssatz von quia ab interpoliert sein[3]) oder nicht, der Eingang ist jedenfalls ganz unverdächtig. Ebenso ist die Echtheit von C. 2, 30, 1 (Sever. et Anton.) nicht anzuzweifeln, wo nach der Inskription (Anniae) ein curator mulieris in Frage steht:

> Si post decretum praetoris v. c., qui fideicommissariam libertatem deberi pronuntiavit, Secundus, quem condicioni non paruisse conquereris, manumissus non est, aetas tua litis instaurationem admittit. quod si libertatem quamvis indebitam dedisti, non posse eam revocari intellegis, sed damnum quod ob eam causam illatum est, iudicio negotiorum gestorum a curatoribus tuis esse sarciendum.

Wir haben also guten Grund zu der Annahme, daß die Verantwortlichkeit der administrationsberechtigten Kuratoren mittels actio directa, nicht utilis geltend gemacht wurde. Daß Partsch zur entgegengesetzten Meinung ge-

---

[1]) Collinet, NRH. 34 p. 157f.

[2]) Vgl. meine Bemerkung in der Festgabe für Sohm (1914) S. 221 n. 5.

[3]) Partsch S. 73 n. 3.

langte, geht auf eine einzige Stelle zurück, die er, obwohl das Wort utilis darin nicht überliefert ist, dennoch von einer utilis n. g. actio bei der cura furiosi versteht, freilich nicht von einer solchen wider den curator, sondern von der des curator gegen den Mündel. Es ist Ulp. 10 ad edict. D. 3, 5, 3 § 5:

> Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio. curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam actionem Labeo ait.

Der Gegensatz zwischen der dem gewöhnlichen negotiorum gestor zuständigen (competit) actio directa und der dem curator furiosi zu gewährenden (dandam) actio ist hier in der Tat handgreiflich. Wie erklärt er sich? Es liegt gewiß nahe, bei der actio danda an eine utilis actio zu denken. Dennoch ist sehr die Frage, ob damit das richtige getroffen ist. Zunächst: es ist höchst unwahrscheinlich, daß, wie P. Krüger und Partsch (S. 35, 73) annehmen, die Kompilatoren in dieser Stelle das ihnen sonst für diese actio geradezu technische Wort utilem gestrichen haben; es wird auch im Original nicht gestanden haben und statt dessen vielmehr auf die hier zu gewährende Formel selbst ausdrücklich hingewiesen worden sein. Das strichen die Leute Justinians als unwesentlich zusammen. Aber auffallend bleibt die Wendung natürlich auch so. Den Schlüssel des Rätsels dürfte aber Partsch selbst geliefert haben. Durch seine Ausführungen ist es m. E. so gut wie sicher, zum mindesten sehr wahrscheinlich geworden, daß in dem Originaledikt de negotiis gestis anstelle der Worte, die wir heute in D. 3, 5, 3pr. lesen: Si quis negotia *alterius* gesserit, die Worte standen: Si quis absentis negotia gesserit.[1]) Dem Edikt folgten sehr natürlich auch die formulae in factum conceptae[2]), während die formula in ius concepta von der Erwähnung der absentia absah. Der Unterschied ist leicht verständlich. In der absentia domini liegt in der großen Mehrzahl der Fälle die objektive Rechtfertigung für das Eingreifen in fremde Angelegenheiten,

---

[1]) Vgl. Partsch S. 10f. [2]) Vgl. schon EP.[2] S. 101.

insbesondere für die Übernahme der prozessualen Vertretung, worauf das Edikt de negotiis gestis nach seiner Stellung im Ediktsystem in erster Reihe berechnet gewesen sein muß. In einer formula in factum concepta konnte ein derart wichtiges, für die Beurteilung der Geschäftsführung und ihre Folgen maßgebendes Moment nicht mit Stillschweigen übergangen werden, während die formula in ius concepta als bonae-fidei-Formel, dadurch, daß sie die Feststellung der Rechtsfolgen der n. g. in das richterliche Ermessen stellte, diesem auch die Würdigung all der begleitenden Umstände überließ, unter denen die Geschäftsführung stattgefunden hatte. Für die Kompilatoren nun war die Fassungsdifferenz zwischen Edikt und formula in factum concepta einerseits, formula in ius concepta andererseits notwendig ein Stein des Anstoßes, und darum ersetzten sie das „absentis" durch das indifferente „alterius". Damit war aber unvermeidlich gegeben, daß der Kommentar Ulpians zu jenem Wort für sie größtenteils unbrauchbar wurde, daß daraus nur weniges und auch dies nicht unverändert in die Digesten übergehen konnte. Was wir davon besitzen, ist folgendes. Die Feststellung, daß das Wort sich auf beide Geschlechter beziehe (fr. 3 § 3). Eine Nebenbemerkung, die beweist, daß Ulpian sich mit dem Fall, daß der Geschäftsherr noch unmündig war, beschäftigt haben muß (fr. 3 § 4)[1]. Endlich der uns beschäftigende Passus (fr. 3 § 5) über den Fall si quis furiosi negotia gesserit. Ist uns in der Überlieferung der Digesten alles erhalten, was Ulpian über den Fall sagte, und ist es uns unverändert erhalten? Das muß bezweifelt werden. Ulpian wird allerdings zunächst gesagt haben, daß Geisteskrankheit des Abwesenden an der Anwendbarkeit des Edikts und der formula i. f. concepta nichts ändere, und darauf wird der erste Satz des § 5 zu beziehen sein:

---

[1]) Die Nebenbemerkung betrifft den umgekehrten Fall, daß der gestor noch unmündig war. Ob der Passus in der Kompilation Veränderungen erlitten hat, kann hier dahingestellt bleiben. Ganz für Kompilatorenwerk hält ihn Albertario, rendic. del R. ist. Lomb. XLVI S. 855.

> Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio.

Daran aber werden sich, wenn das Edikt in der Tat nur den Fall der absentia vorsah, weitere Erörterungen geschlossen haben. Der Jurist konnte kaum unerwähnt lassen, daß bei Geisteskrankheit des Geschäftsherrn auf dessen Ab- oder Anwesenheit nichts ankomme. Das mußte ihn auf den Fall des curator furiosi führen, dessen Geschäftsführung, mag nun der furiosus bei den einzelnen Geschäften absens sein oder nicht, doch immer die gleichen Folgen hat. Auf solche Fälle aber traf der Wortlaut der proponierten formula in factum concepta nicht zu, und der Jurist hatte Auskunft zu geben, welche anders gefaßte Formel hier zu gewähren sei. Zwei Möglichkeiten waren an sich offen. Einmal: die Anpassung der formula in factum concepta an den veränderten Tatbestand, d. h. die Gewährung einer utilis actio nach deren Vorbild. Oder aber: die Verweisung auf die ebenfalls proponierte formula in ius concepta, in der von der Voraussetzung der absentia keine Rede und die gerade auch auf Fälle wie diese berechnet war. Aus dem Digestentext ist nicht zu ersehen, welchen der beiden Wege Ulpian empfahl. Alle Wahrscheinlichkeit aber spricht dafür, daß es der zweite war, d. h. daß er **nicht** eine ganz überflüssige Akkommodation der formula in factum concepta empfahl, und daß also im Originaltext etwa stand:

> curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve illam formulam dandam Labeo ait, quae in ius concepta est.

In diesem Zusammenhang begreift sich das dandam vollkommen, ohne daß wir nötig hätten, deshalb mit **Krüger** und **Partsch** an eine utilis actio zu denken.[1]) Damit aber wird die ganze Beweisführung **Partschs** hinfällig.[2])

---

[1]) Zu der Annahme des Textes stimmt auch trefflich das „contemplatione iudicii, quod est bonae fidei“ in C. 2, 4, 3 (Alex.), dazu das sch. 4 ib.: Heimb. I S. 692. Auch hier ist augenscheinlich an die formula in ius concepta als wider den Kurator zuständiges Rechtsmittel gedacht.

[2]) Gar kein Gewicht kann ich D. 3, 5, 29 (Julian. 3 dig.) beilegen,

Die historische Entwicklung haben wir uns also nicht etwa mit Partsch so zu denken, daß die Kompilatoren die angeblich schon nach klassischem Recht für und wider den curator furiosi und prodigi zuständig gewesene utilis n. g. actio auch auf den curator adulescentis erstreckt hätten. Vielmehr war nach klassischem Recht in allen Fällen der cura die directa n. g. actio zuständig, und die Justinianische Neuerung besteht umgekehrt darin, daß die Kompilatoren in der Absicht, die aus der cura entspringende actio einerseits von der gewöhnlichen actio n. g. zu differenzieren, andererseits der actio tutelae als analoges Gegenstück an die Seite zu stellen, sie als utilis n. g. actio oder utilis curationis causa actio oder auch als utilis actio schlechtweg charakterisierten.

Hiermit ist das Material zu unserer Frage erschöpft. Wir sind zu dem Ergebnis gelangt, daß an der herrschenden Auffassung der klassischen cura minoris festzuhalten ist. Man darf sich durch die Massenhaftigkeit der im Gebiet des Vormundschaftsrechts nachgewiesenen Interpolationen nicht irreführen lassen. Auch auf mich hat anfangs die darin liegende Suggestion Eindruck gemacht, obwohl ich die Bedenken nicht verkannte, die aus der innern Unwahrscheinlichkeit der neuen Lehre erwachsen. Erst wiederholtes eingehendes Studium der Quellen hat mich meine Zweifel überwinden lassen. Die wirklich bewiesenen Interpolationen, so viel Interesse sie in anderen Richtungen bieten, sind für die hier erörterte Frage ohne entscheidende Bedeutung.

wo der Regreß des Vormunds gegen den Mitvormund allerdings auf eine n. g. actio utilis („dandam“) basiert ist. Denn der Mitvormund führt die Geschäfte des Mündels, nicht des Mitvormunds; hier war also ohne Adaptierung einer der proponierten Formeln keinesfalls auszukommen.

VI.

Stipulatio ed instrumentum nel Diritto guistinianeo

Von

Herrn Professor **Salvatore Riccobono**

in Palermo.

Capitolo I
Problemi varii e Letteratura.

1. Non v'ha tra gli argomenti della storia e della dommatica del diritto un tema più centrale e di maggior rilievo di quello che concerne il valore della scrittura nel campo dei negozi giuridici, a cui si riannodano le riforme più essenziali della legislazione di Giustiniano; e da cui, perciò hanno origine gli squilibrii più forti tra il diritto codificato nel secolo VI e quello classico fino a Costantino.

Si tratta in primo luogo di determinare il rapporto tra la stipulatio e la cauzione scritta, che si redigeva di solito, fin dall' epoca della Repubblica[1]), per memoria e per facilitare in giudizio la prova dell' obbligazione verbale; rapporto che sinora non può dirsi rischiarato nè rispetto al diritto classico del secolo terzo nè rispetto alla Compilazione di Giustiniano.

2. Il punto di partenza è fermo. La stipulatio era una forma verbale astratta, che generava per sè stessa l'obbligazione. Essa poteva provarsi comunque: quibuscumque rationibus[2]); e se il documento che l'attestava fu sempre ritenuto come un mezzo di prova facile e pronto, e perciò largamente preferito nella pratica, esso era destituito di

---

[1]) Huschke, Darlehn p. 96, volle argomentare da Cicero pro Roscio Com. V, 14: 'stipulatam non esse taciturnitas testium concedit', che l'uso si sarebbe introdotto negli ultimi anni della vita di Cicerone. Cfr. invece Gneist, Formelle Verträge p. 329 segg.

[2]) Cod. Gregor. IV, 2, 1 = Cod. Iust. IV, 21, 1. Per il sistema delle prove nel diritto classico in confronto al diritto giustinianeo vedi i passi da me raccolti in ZSS vol. 34, p. 233 segg.



ogni valore, e del tutto inane se la solennità orale non aveva avuto luogo. Questo principio così chiaro e fondamentale si oscura più tardi, anzi in realtà appare sovvertito, in confronto di una serie di attestazioni, contenute precipuamente nel Corpus iuris, che alla cautio stipulatoria conferiscono piena ed assoluta credibilità, indipendentemente da qualsiasi prova circa l'effettiva solennità orale, ed anche dalla immediata presenza delle parti nello stesso luogo. In vari testi infatti si dice che la promessa di debito contenuta in una scrittura si deve ritenere come stipulatio: si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit, Paul. S. V, 7, 2; si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione vocem spondentis secutam; Impp. Severus et Antoninus [a. 200] c. 1 Cod. 8. 37; Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta: Ulpian. fr. 30 D. 45, 1; si inter praesentes actum est intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis Paul. fr. 134 § 2 D. 45, 1. Altri testi concordano perfettamente nell' enunciare lo stesso principio[1]), che come apparisce evidente da quelli riportati, non vuol avere il significato ed il valore d'una semplice presunzione, che può essere distrutta dalla prova contraria, ma bensì di una norma di diritto assoluta, per cui la promessa di debito contenuta in uno strumento deve ritenersi munita di tutti i requisiti della stipulazione orale: 'credendum est — perinde habetur — creditur — intellegendum est — videri omnia sollemniter acta'.

3. Nè la innovazione si arresta solo a questo punto, a invertire il rapporto fra la cauzione stipulatoria e la stipulazione orale, ma essa si propaga più oltre ed investe un altro principio fondamentale del diritto romano, cioè la massima che il nudo patto non genera azione. La scrittura, com' è noto, non conferiva per se stessa alcuna efficacia giuridica alla semplice convenzione, perchè non era

---

[1]) Cfr. Ulpian. fr. 7 § 12 D. 2, 14; Ulp. fr. 4 § 3 D. 27. 7. Inst. III, 19, 17; III, 20, 8; Justinianus c. 14 Cod. 8. 37.

riconosciuta come causa d'obbligazioni.[1]) Le decisioni dei giureconsulti e degli Imperatori nei rescritti sono sicure e precise per questo riguardo. Così, per citare qualche esempio, Scevola nel fr. 61 pr. D. 44. 7, scrive: non propter quod ea scriptura quae proponeretur interposita sit, obligatum esse; e nel § 1 dello stesso fr., richiesto del parere intorno ad una lettera di certa Seia, con la quale la donna aveva promesso a Lucio Tizio un annuo salario, così si esprime: an ei ex his epistulis salarium annuum debeatur. respondit ex personis causisque eum cuius notio sit aestimaturum, an actio danda sit. Scevola dunque mostra nel suo responso che la scrittura contava niente; egli dice che l'azione contro Seia può competere a secondo le *personae* e le *causae*, civè se risulta che in realtà vi fu un negozio di prestazione di servigi da parte di Lucio, se intervenne una causa civile di obbligazione, e che la causa fosse lecita; mentre l'invito della donna fatto con accenti fervorosi destava facile sospetto. L'Imperatore Alessandro, forse nel 229[2]), così rescrive: Neque scriptura, qua cautum est accepta quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit . . . .

E le tre decisioni riferite, perfettamente disciplinate ai principii classici, e perciò intelligibili a primo acchito, prendono risalto rimpetto a tante altre che nel Corpus iuris le contraddicono in modo evidente. Non si può infatti disconoscere che in molte decisioni di giureconsulti, e maggiormente poi in rescritti imperiali, è conferita alla scrittura, per se stessa, piena efficacia obbligatoria.

E qui giova subito riportare precisamente un altro rescritto del medesimo Alessandro, che, nella parte che per ora interessa, è del seguente tenore:

---

[1]) Qui si prescinde dall' 'obligatio literis' del diritto classico, che non fu accolta nel Corpus Iuris.

[2]) c. 6 Cod. IV, 31: il dubbio rispetto alla data è legittimo, non solo perchè la sottoscrizione del rescritto è ricavata dalla c. gemella 1 Cod. V, 21, ma principalmente perchè la c. qui citata appare composta di due rescritti, fusi insieme. Più oltre avremo esempi evidenti di simili saldature, usate spessissimo dai commissarii del Codice.



c. 5 Cod. IV, 30 . . . Cum autem ex praecedente causa debiti in *chirographum* quantitas redegitur, non requiritur an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.

Dunque al chirografo si tribuisce qui efficacia obbligatoria astratta, quella stessa forza che è propria alla stipulatio. E ciò è indiscutibile; perchè il termine chirographum non può designare che la semplice scrittura emessa dal debitore, e sovratutto poi perchè a questo fine determinato i Compilatori sostituirono nel rescritto, come vedremo più oltre, il chirografo alla stipulatio, conferendo alla scrittura la stessa forza giuridica di quest' ultima. Ed a questo esempio, che è sicuramente il più cospicuo, si ricollega tutta una serie specialmente di rescritti ma anche di responsi di giureconsulti, in cui l'equazione tra il documento e la stipulatio si manifesta decisa, e si risolve nell' identità degli effetti giuridici.

E perciò si dice che un debito è dedotto *in cautionem*[1]), come si dice 'deducere in stipulationem' o 'interponere stipulationem'; ovvero che l'azione compete al creditore, e il debitore può essere convenuto *ex chirographo*, *ex cautione*, *ex instrumento*[2]); e che infine la *cautio* ed il *chiro-*

---

[1]) c. 15 Cod. 8. 41 [Gordianus]. Si indebitam pecuniam ... in [*cautionem*] per errorem deduxisti. c. 4 Cod. 4. 5 [Diocletianus]... si [*cautio*] indebitae pecuniae... interponatur. fr. 43 § 1 D. 26. 7 [Paulus] [...*cautionem in maritum exponere debet*]. fr. 4 D. 20. 3 [Paulus] ... *post cautionem interpositam*; fr. 25 § 4 D. 22. 3: *cautio indebite exposita... in quem cautio exposita est... quod in cautionem deduxit...sese haec indebite promisisse.* c. 36 pr. Cod. 8. 54 [Iustinianus]... *per cautionem dare promiserit*; § 2 *cautionem conficientibus.* L' esame dei testi citati in questa introduzione sarà fatto in seguito.

[2]) c. 3 Cod. 4. 30 [Antoninus] Si ex [*cautione*] tua ... conveniri coeperis. c. 1 Cod. 4. 7 [Antoninus] Si ex [*cautione*] tua ... conveniri coeperis ... interpositam [*cautionem*]. c. 4 Cod. 8. 38 [Diocletianus]. Ex [*eo instrumento*] nullam vos habere actionem; vedi su questo rescritto ZSS 34 p. 183; fr. 17 pr. D. 44. 7 (Scaevola] ... scripsit ... an [*ex chirographo*] ex stipulatu agenti genero exceptio obstare debeat. fr. 45 D. 24. 3 [Paulus] ... an [*et cui*] actio ex [*hoc pacto et*] stipulatione competat; [cfr. ZSS. 34 p. 182]; fr. 62 pr. D. 17. 1 [Scaevola] ... an ex litteris suis possit a sororibus conveniri. respondit posse [Scaevola: non posse].

graphum si possono o si devono ripetere *per condictionem*.[1]) In tutti questi casi e con quelle locuzioni è evidente che il documento vien designato e considerato come *causa* dell' obligatio. Chiarisco subito questa affermazione per determinarne la portata a scanso di ogni equivoco.[2]) In tutti i casi ora posti in rilievo non sorprende nè si riprende la terminologia per se stessa, chè in realtà 'agere ex epistulis', 'convenire aliquem ex instrumento, ex chirographo' sono locuzioni classiche quando con esse si voglia indicare semplicemente la base probatoria dell' azione, che peraltro appare in modo evidente fondata su di una causa civile 're, consensu, verbis'[3]); ma quella terminologia assume altra importanza, ed è nuova, quando sia rivolta ad esprimere insieme, e più direttamente, il fondamento e la causa dell' azione medesima, come avviene nelle applicazioni sopra riportate. E su ciò il dubbio è

[1]) c. 3 Cod. 4. 5 [Diocletianus] ... indebitae interpositae [*scripturae*] condictio competit. c. 2 Cod. 4. 9 [Diocletianus] ... instrumentum ... [*et ideo per condictionem reddi oportere*]; c. 25 Cod. 8, 43 [Diocletianus] [*quo facto chirographum condicere potest*]. La decisione classica si legge invece nella c. 9 Cod. 3. 42 dello stesso Diocleziano: ... chirographa ... exhiberi ac reddi iubebit [*scil.* praeses]; cfr. c. 1 Cod. Gregor. IV, 11 [Severus et Antoninus]; c. 2 eod. [Valerianus et Gallienus], c. 4 Cod. 4. 9. [Diocletianus], quest' ultima fortemente interpolata, come si vedrà a suo luogo.

[2]) Infatti Gneist, Formelle Verträge p. 375, 379 mescolò insieme tutti i passi aventi quelle locuzioni e ritenne instrumenta e cautiones, dovunque, non come *causa agendi* ma bensì come documenti di prova dell' azione. Così già Savigny, System V, p. 531. In contrario si vedano per ora le note precedenti e Brunner, Zur Rechtslage der röm. und germ. Urkunde, p. 49.

[3]) Così fr. 49 pr. D. 24. 3 [Paulus] ... ex eo instrumento maritus nihil exegit ... summam, quae instrumento continetur; fr. 28 D. 16. 3 [Scaevola] ... an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras: dunque Scevola si esprime con perfetta precisione, l'epistula prova la convenzione delle usurae, che poi son dovute eccezionalmente nel caso concreto per i principii di equità che presiedono ai bonae fidei iudicia: ciò è confermato dal fr. 24 D. 16. 3 Pap. 9 quaest.: et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: fr. 121 pr. D. 45. 1 [Papin.]. Ex ea parte cautionis '... stipulatus est ille, spopondit ille' incerti agetur.

escluso, appunto perchè i termini '*cautio*, *scriptura*, *chirographum*' in tutti quei luoghi presero il posto della stipulatio, surrogandola precisamente nella sua funzione di causa civile di obbligazione. Quando sia dimostrato pertanto che i Compilatori operarono quelle sostituzioni, la conseguenza dovrà essere ineluttabile, nel senso che in realtà tra la scrittura e la stipulatio si venne nella codificazione del secolo VI a stabilire una perfetta equivalenza.

4. Onde la trattazione dedicata ad illustrare il decadimento della forma orale della stipulatio deve necessariamente abbracciare tutto il problema concernente l'uso e l'importanza della scrittura nelle consuetudini provinciali e nel diritto dell' Impero, dapprima, e di poi nel diritto di Giustiniano; e deve, perciò, includere, a grandi linee, l'esame delle forme dei negozi giuridici, secondo risultano stabilite nel nuovo diritto, per arrivare più sicuramente alla soluzione dei problemi suscitati dal contratto letterale, dall' apoca, dall' efficacia giuridica di una serie di pacta, e da quei rimedi così singolari e strani, quali la exceptio e la querela non numeratae pecuniae.

5. Rispetto alla storia delle dottrine sui varii punti ora mentovati non considero in questo luogo i Basilici e gli altri scritti dei Greci, derivati dalle fonti romane, perchè essi appariscono in complesso come una sbiadita fotografia del Corpus iuris di cui riproducono l'imagine. Perciò le versioni e le paragrafe dei Bizantini saranno richiamate, ove occorra, nei luoghi opportuni.

E peraltro è cosa appariscente che nelle fonti greche la stipulatio orale domina nello stesso modo che nelle latine: precisamente perchè nei Basilici, ed in generale negli scritti dei Bizantini, è riferito molto diritto che non ha realtà alcuna nella pratica. Così Taleleo è imbevuto tanto di dottrine classiche che introduce la stipulatio là dove il testo latino, modificato da Triboniano, non la presuppone. Valga per esempio l'annotazione che si legge alla c. 5 Cod. IV, 30 in B. XXIII, 1 c. 67 sch. *Θαλελαίου*: . . .

---

[1]) E ciò malgrado la energica contraddizione del Savigny, System V p. 531.

ἐν πάσαις δὲ ταῖς διατάξεσι τούτου τοῦ τίτλου θεμάτισον, ὅτι ἐπερώτησις γέγονεν. ἐὰν γὰρ μὴ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις οὐδὲ συνέστη οὐδεμία ἐνοχή.[1]) La quale affermazione come emergerà da questo lavoro è completamente falsa per il diritto giustinianeo. E quindi non sorprende che a volte la stipulatio è indicata come una forma di contratto orale, compiuta con una interrogatio e relativa responsio da parte del debitore come accade giusto in B. XIX, 1, 50[2]): *ἐνέχῃ μοι τῇ ἀγωγῇ τῇ συνισταμένῃ ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ συμφώνου ἀποκρίσεως*: mentre il testo latino corrispondente, in D. XVIII, 1, 50 contiene il periodo: *non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit.*[3])

Ma, invece, nelle paragrafe specialmente, ed in generale ove l'interpretazione del testo ambiguo lo esigeva, i Bizantini dichiarano disertis verbis la equivalenza della scrittura alle solennità romane, e quindi alla stipulatio. Così in ordine alla transazione, ad l. 40 Cod. 2, 4, leggiamo in B. XI, 2, c. 57 sch. *τὸ πρόστιμον: ὅτε καὶ ἐγγράφεως ἡ διάλυσις γέγονεν, ἤτοι τὸ πάκτον καὶ τῇ Ἀκουιλίανῃ ἐπερωτήσει ἠσφάλισται*[4]); in B. XLIII, 1, 132[5]) riscontriamo la locuzione '*γράψας ὁμολογίαν*', che vuol corrispondere alla frase latina 'stipulatione interposita' del fr. 135 § 4 D. 45, 1; l'efficacia del chirografo per sè, eguale alla stipulatio, apparisce in B. XXIV, 1, 21[6]) = c. 4 Cod. 4. 5: *εἰ δὲ καὶ χειρόγραφον γένηται ὑπὲρ τούτων, οὐκ ἀπατρέπεται;* Taleleo suppone perfetta la donazione mediante la dichiarazione inserita nell' istrumento nuziale: ad l. 2 Cod. 5, 15 = B. XXIX, 5, c. 42 sch. *ἐφησυχάσας*[7]) *ταῦτα ἔγραψεν ἐν τῷ προικῴῳ συμβολαίῳ, ὡς ὑποδεξάμενος αὐτά.* Ma sopra tutto è significativo per questo rispetto il tit. III, 7 dell' *Ἑξάβιβλος* di Harmenopulo, dove per l'obbligazione delle usurae si esige in modo assoluto la stipulatio, si nega al patto qualsiasi efficacia [c. 1. 6], e nel c. 2 si dice: '*ὅτι κἂν ἄγραφος*

[1]) Heimb. II p. 657. [2]) Zachariä Suppl. p. 259.

[3]) Io credo interpolato il periodo latino sopra riferito. Labeone per ragioni che qui non posso svolgere doveva negare l'actio empti come in D. 8, 1, 20, esigendo la stipulatio.

[4]) Heimb. I, 721. [5]) Heimb. IV, 315. [6]) Heimb. III, 10.

[7]) Heimb. III, 485.

ἐπερώτησις ἐπὶ τόκων γένηται, ἔῤῥωται.' Dunque la stipulatio sine scriptura è valida. Che cosa significa ciò? A prima giunta corre spontaneo alla nostra memoria il confronto con i tanti rescritti del Codice nei quali gl' Imperatori ripetono agli abitanti delle provincie orientali che l'effetto giuridico non deriva dalla dichiarazione scritta, bensì dalla solennità orale, ovvero dalla effettiva tradizione del possesso. Ma se tutte codeste affermazioni combaciano esteriormente, in realtà tra la norma riportata da Harmenopulo e le decisioni imperiali fino a Diocleziano v'è la differenza come dal giorno alla notte, *'Επερώτησις,* infatti nel testo dell' *'Εξάβιβλος* non è l'atto solenne verbale, già abolito da Leone nell' a. 472 con la c. 10 Cod. VIII, 37, ma sibbene la semplice convenzione verbale: onde rimpetto alla medesima la scrittura appare decisamente l'atto formale, più gravoso, che appunto non si esige per l'obbligazione delle usurae. Ciò corrisponde al diritto giustinianeo in cui come si vedrà a suo luogo, il semplice patto di prestare le usurae genera l'azione.

Questi pochi esempi dimostrano, fin da ora, che la tradizione delle forme dei negozi del diritto romano è viva solo in apparenza nelle fonti greche; ma nelle realtà tutte le forme erano state nel periodo bizantino scalzate e surrogate dalla scrittura, in conformità delle consuetudini native. Che questo mutamento così essenziale nella vita del diritto siasi verificato pure nella codificazione di Giustiniano è cosa che deve emergere da questa dissertazione.[1])

6. Nell' Occidente, invece, la dottrina sui vari punti in esame ha una storia assai intricata, che si può riassumere brevemente distinguendo le tre fasi principali per cui è passata, e che coincidono naturalmente con gli stadii dell' evoluzione scientifica della nostra materia.

A. Nella prima fase che s'inizia con la scuola di Bologna il Corpus iuris fu considerato realmente ed esclusivamente come un Codice, un complesso di leggi unitario, di

---

[1]) Rispetto alla costituzione di diritti reali e trasferimento del dominio cfr. ZSS. 34 p. 177 ed inoltre B. 60, 17, 18 sch. 2 [ad l. 12 D. 43, 12]: *Θεμάτισον ὅτι ἐν τῷ πράσεως κάρτη ῥητῶς οὕτως ἦν γεγραμένον ἔστω σοι παραδεδομένον δίκα σωματικῆς παραδόσεως.*

cui i Glossatori per i primi con un lavoro di analisi meraviglioso misero in luce il contenuto, fin nei minuti particolari; e da cui i Commentatori di poi trassero tutti gli elementi per la costruzione delle dottrine di diritto, con grande potenza di sintesi, se non verbale certo di pensiero e di contenuto. L'arte e la tecnica interpretativa assunsero fin da quel momento forme e atteggiamenti particolari, idonei al raggiungimento di quei fini immediati, soprattutto di comporre tutte le discordanze che esistevano nella Codificazione. Ed il risultato fu degno della grande fatica; dacchè nell' opera di quei sommi interpreti le forme giuridiche si staccano via via sempre più nette dal Corpus iuris su uno sfondo storico oscuro per l'ombra fitta che l'invade, e perciò impenetrabile e inerte. Ma appunto per questo i nostri giuristi seppero scrutare e discernere nel modo più obbiettivo e reale il vero contenuto della codificazione giustinianea.

Rispetto all' argomento in esame quei primi interpreti riconobbero che la scrittura era una causa civile di obbligazione accanto alla stipulatio. Ritennero perciò l'una e l'altra equivalenti per costituire un rapporto obbligatorio: verbis seu litteris, scriptura vel stipulatione sono locuzioni correnti nelle opere degli antichi interpreti. Questa dottrina, se la Summa Trecensis si deve attribuire ad Irnerio, apparisce subito, in tutta la sua limpidità, fin dal primo momento in cui il Corpus iuris si riaffaccia nella storia. Irnerio, infatti distingue[1]): admittitur pactum tam ad agendum tam ad defendendum . . . si quidem ad agendum . . . necesse est dationem seu factum intervenire . . . si autem in speciali nomen transeat, hoc ita demum fit, si obligatio *rei verborum seu litterarum vel consensus* ibi ubi solus consensus sufficit ad obligationem parandam.

Della verborum obligatio Irnerio tratta in altro luogo, descrivendola in tutti i suoi particolari come avrebbe fatto un giureconsulto del secolo secondo. La stipulatio è essenzialmente una obligatio verbis; VIII, 33, 3: non solus consensus sufficit, sed cum adiectione verborum, id est

[1]) Summa Trecensis II, 3 de pactis n. 10.

'promittis? promitto'. adhibita tamen praesentia . . . factum dicimus interrogationem et promissionem; VIII, 34. 1 nec non absentia quoque promissoris et stipulatoris verborum obligationem viciat: qui enim promittit verba interrogantis et stipulator verba promittentis audire debet; VIII, 36 (de fideiussoribus) . . . . dum tamen verbis obligetur.

Ma l'argomento con i suoi lati oscuri è trattato da Irnerio più direttamente nelle quaestiones de iuris subtilitatibus XXI, dove egli tenta la conciliazione di due costituzioni 5 Cod. 4. 30 da una parte e 5 Cod. 4. 2 dall' altra, quest' ultima relativa al valore del chirografo. Irnerio scrive: Pecunia numerata oleum in cyrographum collatum peti non potest, licet pecunie numeratio iusta causa videatur [5 C. IV, 2] . . . at sub t. de exceptione non numeratae pecuniae dictum est ex causa praecedenti quantitatem in cyrographum redactam sine exceptionis obstaculo peti posse [c. 5 C. 4. 30]. Onde conclude . . . interdum autem scribitur non obligationis contrahende gratia, sed quantitatis ex alia causa debite testimonium confertur in cyrographum: hec ergo non ex cyrographo petitur sed eius ex testimonio, eiusmodi negotium continet illa constitutio quam dicis huic oppositam esse.

Sarebbe errore ricollegare questa dottrina alla trattazione del c. letterale dei nomina arcaria contenuta in Gaio III, 131, 134 come volle fare il Fitting.[1]) Perchè essa apparisce in realtà perspicua nella Glossa ed ha diretto e giusto fondamento nelle leggi del Corpus iuris, quando esse siano dichiarate senza tutto quel sapere della scuola storica, che ne ha disconosciuto il valore e la portata. Così Accursio ad l. 5 Cod. 4. 30, nota le difficoltà che alla decisione in essa contenuta oppongono numerose leggi, espone le varie opinioni dei dottori, tra le quali emerge quella di Irnerio, così riportata: gl. praecesserit. Irn. hic chirographum fuit ad probationem factum non ad obligationem ut ex eo agatur . . . ibi vero fiebat chirographum ad obligationem ut ex eo agatur. La perfetta coincidenza con il brano delle

[1]) Summa Trecensis p. LXVIII.

quaestiones sopra riferito è notevole a varii fini. Ma in questo luogo importa precipuamente rilevare che la dottrina esposta nella quaestio di Irnerio non varia di una linea in tutta la Glossa, ripetuta con grande determinatezza sino ad Accursio. Così leggiamo nella gl. *si ex cautione* ad l. 3 Cod. 4. 30: ex cautione in qua continetur confiteor me debere decem ex causa mutui vel per stipulationem promitto decem reddere, in cui evidentemente si stabilisce una perfetta equivalenza tra Chirografo e stipulatio; ad l. 14 Cod. 4. 30 gloss. *nullo modo*: Dic tunc id agi ut ex sola scriptura obligatio teneat. Ad l. 14 Cod. 4. 2: gl. *subscribentem*: ut testis non ut se obliget ut . . . seguono i passi in cui la scrittura è considerata obbligatoria; ad l. 6 Cod. 4. 2, dopo citati i passi discordanti si risolve così il nodo: glossa *praecedenti* . . . . solutio: hic scriptura fuit facta ad novationem, ibi ad novationis probationem. E la dottrina ebbe in seguito diffusione precipuamente mediante gli scritti di Azone. Il quale nella Summa Codicis[1]) prende le mosse dal principio che: 14 pactum nudum propter nimiam frigiditatem parere actionem non potest. Ma questo patto nudo si può vestire (n. 15): vestitur autem pactum sex modis re, verbis, consensu, literis, contractus cohaerentia, rei interventu; ma 16: nelle prime quattro categorie il patto nasce vestito e perciò vive sicuro; nelle ultime due può accadere eventualmente che il patto nudo, cercando attorno, trovi da coprirsi e da resistere al gelo della morte. Si rinvengono ancora altre eccezioni al principio della inefficacia del patto, introdotte 'mirabiliter' come si esprime Azone, in varii istituti come nella dote, nella donatio etcc.

In conclusione, dunque, noi abbiamo già negli scritti dei Glossatori il riconoscimento pieno della equivalenza tra la scrittura e la stipulatio, come cause civili di obbligazioni. Contrasti vi furono naturalmente, e non potevano mancare data la conformazione del Corpus iuris, ma io oso dire che in nessun altro punto di grave importanza, e intricato per discordanti decisioni, seppe la Glossa tro-

[1]) Summa in Cod. I de pactis.



vare una via più piana e più idonea a vincer ogni ostacolo, distinguendo, cioè, secondo la volontà delle parti, scritture semplicemente probatorie e scritture obbligatorie.

Il principio fu, come di solito, con maggiore determinatezza affermato dai Postglossatori, onde venne a costituire uno dei cardini fondamentali del diritto comune d'Europa, in diretta opposizione al diritto romano classico. E per influsso dell' opera di Azone esso si diffuse pure nel *common law*, particolarmente mediante la perspicua rielaborazione delle consuetudini inglesi fatta da Bracton[1]) nel sec. XIII, il quale rispetto all' argomento in esame ricorda due versi mnemonici in cui tutta la dottrina azoniana è condensata: re verbis, scripto, consensu traditione, junctura vestes sumere pacta solent. Abbiamo così la linea più semplice di un principio fondamentale del diritto moderno che si riallaccia direttamente ai testi del Corpus iuris, secondo la interpretazione più profonda e fedele dei giuristi italiani.[2])

B. La seconda fase s'inizia nel sec. XVI e va fino al sec. XIX, dalla scuola storica francese a quella tedesca, le quali abbero tendenze e metodi di studio identici, onde rispetto alla dottrina in esame giunsero in ultimo a negare, con gli stessi argomenti, qualsiasi forma di litterarum obligatio nel Corpus iuris. Il movimento sempre crescente in questa direzione culmina verso la metà del sec. XIX nel libro di Gneist, l'opera più celebre nella nostra materia e che per molti rispetti tiene ancora il campo nella dottrina. Tre ordini di prove si addussero e si trovano ripetute costantemente dagli scrittori[3]), per negare la litterarum obligatio nel nuovo diritto. In primo luogo si osservò

---

[1]) De legibus et consuetudinis Angliae: cfr. Vinogradoff, Roman Law in Medioeval Europe p. 103.

[2]) Citazioni delle opinioni degli antichi v. in Gneist, o. c. p. 220, 322 e passim; Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den ital. Juristen des Mittelalters, p. 186 seg.; Schupfer, Rivista italiana delle scienze giuridiche vol. 7 p. 359 seg.

[3]) Cfr. Donello, Comm. vol. VIII p. 197 seg. 248 segg. Galvano, de usufructu c. XVII, 8 p. 177 segg.

che Giustiniano nei Digesti ebbe cura di eliminare appunto la litterarum obligatio antica tra le cause d'obbligazioni.[1])

Si ribadí in secondo luogo il principio fondamentale del diritto romano classico, e cioè che la scrittura in tutti i casi ha semplicemente funzione probatoria, mentre la causa dell' obbligazione, od in generale tutti gli effetti giuridici nei negozi formali, derivano dal compimento di certe solennità e dalla pronuncia di determinate parole Questa affermazione, come è ovvio, sembrava indistruttibile, perchè effettivamente nel Corpus iuris i testi che la dimostrano non soltanto appariscono in gran numero, ma forse pure in maggior rilievo. Ed infine l'esegesi dei passi più importanti poneva la dottrina al sicuro da qualsiasi dubbio. E tra i più insigni si adduceva il fr. 38 D. 44, 7 [Paulus, 3 ad ed.] in cui appunto la 'figura litterarum' è posta e svalorata in confronto alla 'oratio'; mentre poi, nella seconda parte del testo la frase: 'non minus valere quod scriptura', s'interpretava, comodamente, nel senso che la cautio della stipulazione avrebbe tutta l'efficacia obbligatoria, ma non per sè stessa, bensì per virtù della pronuncia dei verba sollemnia, che presupponeva. Peraltro la interpretazione del passo fu molto dibattuta, onde esso si rinviene riportato nell' uno e nell' altro senso, cioè contro ed a favore della forza obbligatoria della scrittura. La medesima sorte ebbe la c. 5 Cod. 4. 30, che giova sempre tener presente in questa materia, come un punto sicuro di riferimento per valutare le varie dottrine. La Glossa, come sappiamo, vi si appoggiò con piena convinzione, per affermare pure la efficacia novatoria del chirografo. Ma nel secolo XVI la legge del Codice si coordinò al principio generale con l'intendere il chirografo nel significato di cautio stipulatoria.[2]) Riuscì per tal modo agevole ai nuovi interpreti di eliminare tutte le difficoltà ed invertire il senso dei passi che alla scrittura attribuivano un valore

---

[1]) Così nei fr.; 1 § 1 D. 44. 7, Gai II aur.; 4 eodem [Gai]; 52 pr. D. 44. 7 [Modestini]; 1 § 3 D. 2, 14 [Ulpiani]; 9 § 3 D. 12. 1 [Ulp.] 8 § 1 D. 46. 1 [Ulp.]; 1 § 1 D. 46. 2 [Ulp.].

[2]) Cuiacio in Cod. 4. 30 vol. IV c. 488 cfr. c. 310.



sicuramente assoluto ed indipendente per costituire il vincolo obbligatorio. Infatti in tutti i luoghi dove si rinvengono i termini 'scriptura, chirographum, cautio, instrumentum' si suppose compiuta la stipulatio causa efficiente del vincolo obbligatorio, e così tutte le attestazioni del Corpus iuris poterono ridursi in una suprema armonia, salda e definitiva come era stata composta dai giureconsulti classici.

Ed incamminati su questa via il problema della nuova litterarum obligatio, introdotta da Giustiniano nelle I. III, 21, si potè risolvere con molta semplicità. Si disse che gli artefici delle Istituzioni per un erroneo apprezzamento del rapporto avevano creduto poter sostituire il documento all' antica litterarum obligatio, mentre in quel caso l'obbligazione nasceva in realtà dal mutuo presunto e perció 're', quantunque non avesse avuto luogo la numeratio pecuniae. La natura del rapporto poi, si diceva, è ovvio che non può mutare per il solo fatto che, trascorsi i due anni non è più opponibile all' azione del creditore eccezione alcuna. Il ragionamento del Savigny, per citare un altissimo giurista è il seguente: 'non vi è una condictio del documento, ma bensì del mutuo finto. Il rapporto ha base nel mutuo: sarebbe perciò un' idea sforzata di voler considerare da quella prescrizione in poi l'antica condictio (dal mutuo) come estinta ed una nuova (dallo scritto) venuta in suo luogo. Una maniera così letterale d'interpretare le fonti di Giustiniano non è in nessun caso giustificabile'.[1]) E la sostanza di un tale ragionamento si trova già in Cuiacio: 'ergo nulla fuit literarum obligatio. Constitutiones novissimae eam exceptionem [*scil.* doli = non numeratae pecuniae] fecerunt quinquennalem deinde c. Iustiniani biennalem'.[2])

Così si potè conchiudere negando l'esistenza di qualsiasi forma di obbligazione letterale nel diritto giustinianeo e qualificare come una chimera quella immaginata dagli interpreti in base al testo delle I. III, 21. Conclusione

[1]) System vol. V p. 531; cfr. Vermischte Schriften vol. I p. 234.
[2]) Cuiacio l. c. vol. IV p. 310.

facile in verità, che mette a dura prova le nostre cognizioni più elementari, dacchè a tutto quel ragionamento si può iugenuamente opporre questa domanda: come mai un' *obligatio re* può nascere 'sine re'? Il mutuo presunto o finto è forse cosa diversa di una chimera? In realtà il mutuo finto è un mezzo spontaneo e universale in tutti i diritti per costituire un rapporto obbligatorio: ma dapertutto la causa inesistente o falsa è coperta dalla efficacia assoluta della forma che può essere orale (stipulatio) o scritta (*συγγραφή*).

E perciò un' altra corrente, che ha origine dalla Glossa, ha dovuto mantenere fermo il concetto della obbligazione letterale, almeno nei limiti dichiarati espressamenti nel testo delle Istituzioni. Il momento della nascita, tuttavia di una tale obbligazione ed il fondamento della medesima s'indicarono in vario modo. Secondo alcuni il chirografo di mutuo rilasciato con la *spe futurae numerationis* costituisce l'obbligazione letterale trascorso il biennio utile per impugnarlo: quoniam licet scriptura, ut dixi, per se non sit tanti, ut producat obligationem, tamen accedente causa temporis ita legis auctoritate roboratur ut obligationem inducat.[1]) Quest' opinione, come si vede, teneva sempre saldo il principio generale della inefficacia della scrittura per sè stessa, poichè solo l'autorità della legge, in seguito alla prescrizione, operava la conversione del rapporto in obbligazione letterale. Altri dissero assurda siffatta costruzione, che conduce a mutare il fondamento dell' obbligazione col decorso del tempo, onde la ritennero costituita ab initio in forza della scrittura: Postea vero videtur receptum quoque, contra iuris antiqui regulas, ut ex chirographis peti posset pecunia credita, ut subiudicat Tribonianus.[2])

Ma accanto alle dottrine riferite, che legarono l'esistenza della litterarum obligatio ad un tenue filo, un indirizzo

---

[1]) Galvano l. c. p. 189; Donello l. c.

[2]) Schulting, Iurisprudentia ad Gaium II, 9, 12; cfr. Lauterbach, Collegium Pand. L. XII. 1. 43—47; Glück, Erläuterung XII, 1 §§ 786, 788; Messina Vitrano in: Archivio Giuridico vol. 80.



nuovo fu seguito in questa materia da Salmasio[1]), il quale poggiandosi a sua volta sul fr. 38 D. 44. 7 di Paolo e sul passo di Dositeo 5, attribuito allora nell' originale ad Ulpiano[2]), incomincia dal porre un concetto più lato della litterarum obligatio: scripturae nomine tam apud Ulpianum quam apud Paulum locis supra allatis intelligendum esse quamcumque scripturam sive chirographariam sive syngraphariam qua aliquis obligatur. Per Salmasio però il vero contratto letterale del diritto romano sarebbe la singrafe, cioè la scrittura formata col concorso d'entrambe le parti o per lo meno suggellata dai due contraenti, e che genera per se stessa l'obbligazione anche se non esiste alcuna causa obligationis. Gli elementi fondamentali di questa costruzione sono ricavati, come si vede, dalla notizia dello Ps. Asconio in Cicer. in Verr. II, 1, 36 Introdottasi nel diritto dell' Impero a grado a grado, sull' esempio del diritto dei peregrini, Salmasio rinviene già l'esistenza della singrafe nella c. 6 Cod. Th. de denunt. II, 4 dell'a. 406.

Di fronte alla singrafe egli considera inoltre il chirografo come un documento che genera l'obbligazione, ma in un senso ben diverso: e cioè tale efficacia al chirografo si tribuisce o perchè attesta un mutuo reale ovvero perchè presuppone, sia pure per una finzione di diritto, la stipulatio. Il chirografo per sè, dunque, non costituisce il vincolo obbligatorio, ma genera l'obbligazione letterale in forza della stipulatio finta. Onde egli intorno alla stipulatio così si esprime: si stipulatio scripto non esset mandata necessariam fuisse praesentiam duorum contrahentium, quia alter interrogare alter respondere necesse habuit . . . At si chirographum quis daret, cum satis esset, si in illo scriberet debitor, se promittere ac perinde id haberetur quasi interroganti respondisset, non puto necessarium fuisse, ut praesens utraque pars esset.[3])

---

[1]) De usuris, Lugduni 1838. c. VI p. 125 segg.

[2]) Cfr. per ora Schulting, Iurisprudentia p. 805: servus adquirebat manumissori vel si quid stipulabatur vel si per scripturam vel ex quacumque causa alia adquisierat. Su questo passo ritornerò più oltre.

[3]) O. c. p. 140; 153.

Effettivamente la dottrina di Salmasio non era scevra di gravi contraddizioni ma essa era poi una vera mostruosità giuridica per le mescolanze di idee classiche e di concezioni bizantine, che in quel tempo era impossibile discernere. Onde se essa potè esercitare grande influsso sugli scrittori[1]), indeffinitivo fu dichiarata inconsistente e addirittura fantastica.[2]) Io ritengo che la critica oggi deve, forse, mitigare il giudizio: perchè se la dottrina del Salmasio è un intricato garbuglio di costruzioni, v'è però in essa almeno il fermento di molte verità.

Con l'avvento della scuola storica tedesca il ritorno alle dottrine dei giureconsulti romani si fa più deciso; mentre tutto il nuovo sistema giustinianeo e la stessa tradizione del diritto comune si ricoprono d'oblio. Nel tema dei contratti formali un momento decisivo fu segnato dall' opera di Gneist[3]) che vide la luce nel 1845.

Tre punti della dottrina del Gneist sono meritevoli di rilievo per le indagini che in questo luogo intraprenderemo.

a) Gneist negò nell' ultimo capitolo della sua opera l'esistenza di un contratto letterale presso i Greci. Del testo dello Ps. Asconio in Verr. II. 1. 36 egli si sbarazzò facilmente, con il solo argomento che essendo di formazione tarda fosse non degno di fede; del passo di Gaio III, 134 diede un' interpretazione sottile e speciosa, che pur fu approvata da Savigny.[4]) Egli disse che Gaio in quel luogo considerava l'uso della scrittura presso i peregrini (Greci) per la prova delle obbligazioni; e che singrafe e chirografo venivano ad avere rimpetto ai Romani nel diritto dei peregrini il valore di un contratto 'quasi letterale' in quanto per mezzo del documento nelle provincie ellenizzate si poteva far valere un' azione, mentre per i Romani era necessaria inoltre la stipulatio. Dunque il contratto letterale di cui tratta Gaio sarebbe solo relativo,

---

[1]) Huschke, Darlehen p. 125 e seg.

[2]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 460, 492, 496.

[3]) Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts.

[4]) Vermischte Schriften I p. 245.

cioè sarebbe tale in confronto al diritto di Roma, ma non nel senso vero ed assoluto che la scrittura fosse considerata generatrice per se stessa del rapporto obbligatorio e quindi dell' azione. In conclusione dunque Gneist affermò che in Grecia come in Roma il documento ebbe sempre e soltanto forza probatoria, mai costitutiva dell' obbligazione: e date queste premesse lo stesso carattere egli rivendicò, in contrasto con la dottrina a noi nota dalla Glossa ed in parte pure da Salmasio, al documento giustinianeo.

b) Egli pose di conseguenza l'affermazione recisa che il chirografo dei Romani mai ebbe a contenere un' obbligazione formale, astratta[1]); affermazione questa che giova qui mettere in rilievo, perchè in deffinitivo è l'unica proposizione che non sia stata validamente contradetta finora, e perciò tuttavia dominante nella nostra scienza.[2])

c) Infine egli mise in maggior luce e in nuova evidenza quella tale degenerazione che la stipulatio aveva subíto in Roma, che si sarebbe iniziata appunto sulla fine del secolo secondo, senza che però ne seguisse una deviazione nell' indirizzo semplice e tradizionale del diritto della stipulatio. Infatti per Gneist la trasformazione fu solo esteriore, materiale e non sostanziale: nel senso che l'efficacia obbligatoria della stipulatio fu sempre riposta nella pronuncia delle parole, che poteva essere vera o finta: il documento pertanto restò come per lo innanzi solo mezzo di prova.[3]) Ma essendo questo mezzo probatorio munito di una speciale forza in giudizio, si sarebbe venuti naturalmente alla finzione giuridica dell' esistenza della stipulatio verbale attestata dalla scrittura relativa.

Il libro del Gneist apparisce oggi a noi insufficiente dal lato storico e più ancora per la critica e l'analisi dei testi romani[4]); ma esso in realtà aveva pregi di prim' ordine, e sopratutto una struttura semplice mentre attorno al più ricco materiale delle fonti il ragionamento si svolge puro e limpido, guidato e illuminato sempre dalla sapienza dei giureconsulti romani. Perciò s'impose subito,

---

[1]) O. c. p. 359. [2]) Cfr. Girard, Manuel p. 502 n. 4.
[3]) O. c. p. 203, 247, 256. [4]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 462.



riscotendo il più largo consentimento, come a pochi libri fu dato in sorte. La sua dottrina accolta dal Savigny si ritiene ancora dominante: certo è sempre viva nei manuali di scuola. Ma il segreto della fortuna del libro del Gneist non è difficile scoprirlo oggi, dovuto essenzialmente al fatto che esso metteva in luce in questa materia i principi fondamentali del diritto romano classico, che in quel momento, dopo la scoperta dell' opera di Gaio e dei Vaticana Fragmenta, attraeva tutta l'attenzione dei romanisti. In quel tempo, già fino ad un decennio addietro, mai si era sospettata l'esistenza di un altro diritto romano, diverso da quelle esposto dai giureconsulti classici, e contenuto, come un tutto nuovo ed organico, nella Compilazione di Giustiniano. La conseguenza era fatale. Tutto il progresso del sapere, nel nostro campo, si riponeva nell' indagare e porre in evidenza le dottrine dei giureconsulti che costituivano appunto il solo diritto romano. Questa volta la storia si ripeteva. Il concetto centrale ed i metodi di studio, se non tutto lo spirito animatore, erano identici a quelli degli umanisti, i quali considerarono i nostri giuristi medioevali come *barbari*, interpreti privi di ogni luce storica e perciò traviati ed infecondi. Gneist, finalmente, aveva strappato tutti i veli che coprivano la verità da tanti secoli, ed avevano fatto pullulare vaghe ed inconsistenti dottrine nella nostra materia. Si credette questo senz' altro. Ed infatti la sua dottrina non si distaccava di una linea dalle teorie dei classici e non poteva quindi non apparire una dottrina impeccabile. Egli aveva bensì constatato quello che era innegabile, la degenerazione della stipulatio, ma l'aveva ridotta in realtà ai minimi termini, ad una alterazione di un elemento esteriore, che aveva peraltro lasciato illese e la figura e la struttura intera del diritto della stipulatio. L'obbligazione scaturisce dai *verba*, anche ora, e mai dalla scrittura; la stipulazione degenerata o attenuata rimane un contratto verbale, non diviene letterale. In queste affermazioni si riconosceva un grande progresso; appunto, rimpetto alla dottrina affermata dai Glossatori e in parte anche dal Salmasio della equivalenza della scrittura alla stipulazione verbale nel diritto codificato da Giu-



stiniano. I punti insuperati e contradittorii nella dottrina del Gneist passarono inosservati. Dacchè essa solo artificialmente aveva potuto galvanizzare la stipulazione classica, quando in deffinitivo aveva pure dovuto ammettere che essa aveva subíto una trasformazione di forma, e che lo 'emittere, exponere cautionem', cioè la confezione ed emissione del documento, che la conteneva era venuto a surrogare la forma orale della interrogazione e della risposta.[1])

Or se ciò è vero, come mai tutta la forza della nuova stipulazione si fa scaturire dai verba, cioè da un' ombra? e perchè non dalla realtà che ha corpo nel documento?[2])

La dottrina di Gneist vive ora per forza d'inerzia: effettivamente essa fu divelta dalle radici per opera del Brunner e del Mitteis con gli elementi di cognizione apprestati dal materiale documentale, che proviene dalle regioni attorno il bacino del Mediterraneo inferiore e dall' Occidente, dal tempo avanti e dopo Giustiniano.

C. Così s'inizia la terza fase della dottrina precisamente nel 1880, quando il Brunner[3]) dimostrò che la stipulatio era stata assorbita dal documento, e ciò in un senso più pieno di quello sostenuto da Gneist. Secondo Brunner l'atto formale verbale divenne atto formale scritto: e la degenerazione della stipulatio si effettuò nel senso che il luogo della domanda e della risposta solenne dei contraenti fu preso dalla emissione del documento da una parte e dall' accettazione dall' altra. La *traditio cartae*

---

[1]) Gneist, o. c. p. 256seg. richiama per analogia l'evoluzione delle forme del testamento per aes et libram. Ma a questo riguardo è da notare, non solo che lo sviluppo procede mediante la attività del pretore, per gradi, in sussidio ed anche in opposizione allo ius civile: ma, precipuamente, che esso si compie con la vittoria del testamento scritto sulla forma civile. L'argomento perciò si ritorce contro la sua dottrina.

[2]) La contraddizione è notata da Brandileone, Atti della R. Accademia di Torino, vol. 42 (1907) p. 341: e lo stesso Gneist o. c. p. 260, a proposito della c. 6 Cod. Th. II, 4 dell' a. 406, vede nel documento la realtà, nei verba la finzione, e dice possibile che nel periodo bizantino la nuova figura della litt. obl. si sia presentata alla mente del redattore della legge.

[3]) Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde.

sarebbe pertanto divenuta una solennità necessaria a perfezionare la conchiusione del contratto, cui la carta si riferiva.

Con questa determinazione del Brunner noi ci ritroviamo, dunque, per alcuni aspetti, riavvicinati alla dottrina del diritto comune, fondata dai giuristi italiani; cioè per quel che riguarda, almeno, l'esistenza del documento dispositivo ed insieme del contratto letterale.[1])

E questo riconoscimento costituisce di sicuro la parte solida della dottrina del Brunner, per cui potè imporsi e durare, spogliata peraltro da quell' elemento caduco, costituito dalla pretesa funzione della *traditio cartae*, di cui non vi è traccia nelle fonti romane e nei documenti egizii.[2])

S'intende poi che come Gneist anche Brunner doveva far risalire la trasformazione della stipulatio al secolo terzo dell' Impero, durante il periodo d'attività dei giureconsulti romani.

Più a fondo andò il Mitteis con la revisione del problema dell' esistenza del contratto letterale nel diritto greco, e quindi della dottrina di Gneist su questo punto. La dimostrazione del Mitteis contenuta nel celebre libro sul 'Reichsrecht und Volksrecht' e condotta col sussidio di pochi passi e documenti greci, raggiunse fin dal primo momento un risultato preciso, che ha prodotto un intenso e fecondo movimento di pensiero e di studi. E la nuova dottrina è stata in seguito largamente confermata dal più ricco materiale papirologico.[4]) La prassi greca conosceva un contratto letterale, di cui il tipo più comune era sicuramente il *Δάνειον*, cioè il documento di mutuo fittizio, avente perciò forza obbligatoria astratta, indipendente

[1]) Cfr. i pregevoli studi del Ferrari — I documenti greci medioevali di diritto privato dell' Italia meridionale e loro attinenza con quelli bizantini d' Oriente e coi papiri greco-egizii, Byz. Archiv. Heft 4 (1910) e la degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio etc. Atti del R. Istituto Veneto vol. 69 parte II, p. 743 segg.

[2]) Cfr. Rabel, ZSS. v. 28 p. 336, Partsch, Zeits. f. d. gesamte H. R. v. 70 p. 462; Mitteis, Grundzüge II, 1, p. 171 n. 4.

[3]) Reichsrecht und Volksrecht, 1891, p. 460 segg., 485 segg.

[4]) Cfr. specialmente E. Rabel 'Nachgeformte Rechtsgeschäfte' ZSS. 28 p. 312 segg.; Mitteis, Grundzüge II, 1, p. 117 ed ivi citati.

dalla valuta e che serviva a costituire qualsiasi vincolo obbligatorio, in specie di garenzia, come appunto avviene nel *Δάνειον* di Nicareta.[1]) Onde risulta pienamente provata la verità della notizia che riferisce lo Ps. Asconio, che si riporta proprio alle consuetudini dei Greci, e più esattamente del testo di Gaio, che attribuisce sia al chirografo come alla singrafe l'efficacia di un contratto letterale, che obbliga l'emittente astrazion fatta dalla numeratio pecuniae. Tutto questo ha una grande importanza, perchè ci dà la visione giusta del diritto che vigeva nelle provincie ellenizzate, e che in un dato momento ritroveremo impegnato in aspro conflitto con il diritto romano.

Il Mitteis rileva appunto la relazione che intercede tra il documento dispositivo d'origine ellenica e la degenerazione della stipulatio: la quale trasportata nelle provincie di cultura ellenistica fu fraintesa e come una clausola di stile posta per conferire efficacia giuridica a qualsiasi dichiarazione di volontà tra vivi o mortis causa. I due sistemi dunque si sono indissolubilmente congiunti. Solo il risultato di questa mescolanza artificiale appare dubbio. Si trasformò, o si piegò almeno, la stipulatio romana verso il contratto letterale o si ridussero la singrafe e il chirografo dei peregrini per l'influenza della stipulatio in semplici documenti di prova del contratto verbale sul modello romano? Questo punto è oscuro. Gneist e Brunner, come si è visto, giunsero a risultati opposti. Le conclusioni del Mitteis sono oscillanti[2]), ma rappresentano fedelmente lo stato caotico delle fonti legislative, onde egli non osò contrastare per il diritto giustinianeo la tesi sostenuta da Gneist, ma sentì l'impeto delle nuove correnti che investono la figura romana, non più viva nella realtà[3]), paralizzata già precipuamente dall' istituto della exceptio non

---

[1]) Dittenberger, C. Inscript. Graeciae vol. VII (1892) n. 3172 v. 1—45 p. 576; Recueil d. inscr. jur. gr. I n. XIV p. 509, Mitteis l. c. Rabel ZSS. 28 p. 323seg. Partsch, Bürgschaftsrecht I p. 155.

[2]) Reichsrecht cit. p. 491—495; Rabel ZSS. vol. 28 l. c. non affronta direttamente la questione estranea al suo tema, onde non ha apportati nuovi elementi per sciogliere i dubbi in proposito.

[3]) Cfr. ora Wenger, Das Recht der Griechen und Römer p. 250.

numeratae pecuniae. L'incertezza si coglie ora nella sua radice più profonda ed apparisce prodotta dal fatto che quel nuovo punto divista, concernente il valore del documento nel diritto delle provincie, non fu sinora utilizzato nello studio delle fonti giustinianee, con una larga e più intensa revisione critica delle medesime, alla luce dei nuovi risultati.

Attenuazione, degenerazione, trasformazione della stipulatio nel mondo romano, fusione del contratto letterale greco con la stipulatio verbale, rinascita d'una nuova figura di contratto letterale nel diritto giustinianeo, sono tutte belle frasi e concetti che possono contenere molto di vero, ma che debbono necessariamente coordinarsi rimpetto all' imponente tradizione romana, circa il nessun valore della scrittura, che a sua volta apparisce solida, organica e perciò impermeabile, non solo dagli scritti di tutti i romani giureconsulti, ma pure nella Compilazione che li ha raccolti.

Onde si spiega che di recente quei risultati medesimi, così concordanti, che scaturiscono da un esame largamente compiuto su nuovi documenti, furono oppugnati da scrittori ponderati, i quali non ammettono deviazione alcuna dal noto e semplice sistema tradizionale romano.

Il Brandileone[1]) negò l'assorbimento della stipulatio nell' atto della documentazione, preteso dal Brunner e contraddisse più decisamente l'asserto d'una surrogazione del documento alla stipulatio. E pertanto, d'accordo in questo punto con Gneist, egli tiene fermo il principio della semplice funzione del documento come mezzo di prova, quale ebbe certamente nel mondo romano. Il Brandileone ci riconduce così un passo indietro, verso Gneist, e forse più in là ancòra, con maggiore determinatezza alla pura dottrina dei giureconsulti romani. La celebrata attenuazione della stipulatio nel pensiero del Brandileone non è altro, come ho ragione di credere, che una tolleranza ammessa dalla dottrina romana rispetto alla prova in giudizio, la

---

[1]) Origine e significato della traditio cartae in Atti della R. Accademia di Torino, vol. 42 (1907) p. 339 segg.



quale peraltro non avrebbe variato di una linea forma e sostanza del diritto.

Il Freundt[1]) è ritornato pure verso Gneist contrastando tutti i risultati del Brunner ed in parte anche del Mitteis. Nei documenti che attestano i diritti vigenti nelle città greche, p. es. nel *Δάνειον* di Nicareta, avanti citato, la causa costitutiva dell' obbligazione non sarebbe la carta, ma la dichiarazione innanzi a testes, *ὁμολογία*, come nella stipulatio romana; egli ammette peraltro che, in seguito, dall' uso della redazione del documento innanzi ad un pubblico ufficiale si sarebbe giunti a riconoscere al documento stesso forza dispositiva, donde la litterarum obligatio di Gaio III, 134, e di cui si avrebbe un esempio nel documento di mutuo della petitio Dionisiae [Oxyr. II, 237 col. VIII, l. 13 segg.][2]), dove se ne assevera la forza obbligatoria. Di poi la constitutio Antonina del 212 avrebbe operato, di nuovo, un ritorno ai concetti ed al sistema originarii, e cioè nelle provincie la stipulatio romana, ridottasi alla semplice clausola stipulatoria inserita nel documento: *ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα*, avrebbe nondimeno ricondotto l'atto scritto alla sua originaria natura di un semplice strumento di prova della stipulatio, la quale perciò sarebbe stata considerata nelle provincie, realmente, come un atto con forma solenne orale. Così Freundt, imaginando un nuovo processo di sviluppo, giunge a quello stesso risultato, più o meno accolto da tutti, per cui si assevera la totale scomparsa del contratto letterale dalle consuetudini provinciali dopo la const. antonina, e quindi dal diritto dell' Impero, sia nel periodo bizantino che nella codificazione di Giustiniano.[3])

Da un punto di vista perfettamente opposto si è collocato il Binder in un breve scritto in cui delinea lo schema di uno sviluppo della stipulazione in contratto letterale,

---

[1]) Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Rechte, vol. I. II, 1910. Recensioni: Partsch in Zeitschr. f. d. gesamte H. R. vol. 70 p. 437 segg., Ferrari Byz. Zeitschr. vol. 20, p. 532 segg.

[2]) Contro l'interpretazione già corrente di questo punto della petitio Dionisiae Partsch l. c. p. 446.

[3]) O. c. I p. 28 segg., 66 segg.

e parla già di unificazione del documento della stipulatio con quello di mutuo, che avrebbe costituito una vera obbligazione letterale con o senza la clausola stipulatoria.[1]) Queste conclusioni parvero soverchie al Partsch[2]), uno tra i più insigni scrittori, signore del metodo e delle fonti, ed è vero certamente che il Binder nella trattazione raccolta e angusta non ha giustificate quelle conclusioni.[3])

Il Ferrari[4]), con cui concorda Collinet[5]), pur restando sul terreno dell' opinione dominante quanto alla natura probatoria del chirografo, rispetto al diritto giustinianeo, riconosce in questo ultimo un caso unico di contratto letterale, quello del chirografo di mutuo senza stipulazione, contemplato precisamente dal testo delle Inst. III, 21. Nelle dissertazioni del Ferrari e del Collinet è giusto il rilievo che l'origine di questo contratto letterale si deve portare alla persistenza nell' Oriente del chirografo obbligatorio dei Greci, ricordato da Gaio; ma il nesso non è dimostrato, come si ha diritto di esigere, nè la limitazione ad un unico caso di contratto letterale risponde al diritto del Codice.

7. In questa rapida revisione della letteratura sul nostro argomento si è visto, quel che peraltro si può constatare in ogni ricerca scientifica, che le dottrine ritenute nei varii periodi storici come verità ci si sono manifestate in sommo grado relative, vere cioè rispetto allo sviluppo del sapere e della tecnica, rispetto alle tendenze e al complesso degli elementi conosciuti nel tempo in cui furono elaborate. Si deve anche ammettere che ciascuna di esse ha in sè un nucleo di verità durevole, il che si spiega per la conformazione singolarissima delle nostre fonti di cognizioni, costituite a varii strati, di cui ciascuno contiene tutto un ordinamento a sè. Il riconoscimento di questo

---

[1]) Der justinianische Literalkontrakt, negli Studi in onore di Brugi 1911, p. 339 segg.

[2]) Zeitschr. f. d. gesamte H.R. l. c. p. 461.

[3]) Esse poggiano peraltro sui risultati del Brunner, o. c. p. 49; sulla conclusione definitiva del Mitteis, Reichsrecht p. 495.

[4]) L'obbligazione letterale delle Istit. imperiali: in Atti Ist. Veneto v. 69, II, p. 119 e seg.

[5]) Études historiques sur le droit de Justinien, 1912, p. 59 e segg.

stato di cose deve condurre spontaneamente ad una nuova indagine che valga a separare i diversi elementi secondo le varie fasi storiche, onde raggiungere una mèta più alta, dalla quale se il valore delle dottrine in precedenza enunciate apparirà alterato più o meno profondamente le dottrine medesime si scorgeranno tuttavia più limpide, inquadrate nel luogo che loro conviene.

E peraltro come si è potuto vedere il dibattito si è fatto più serrato negli ultimi anni, su tutti i punti, perchè effettivamente il nuovo e ricco materiale papirologico ha apprestato elementi di prim' ordine per chiarire i problemi di sopra accennati; ed in primo luogo per convolgere le ricerche in altra direzione, tenendo cioè conto dell' importanza della scrittura nelle consuetudini delle provincie dell' Impero che avevano subito l'influenza ellenica, e della tenace lotta da esse sostenuta di fronte al diritto imperiale dopo la constitutio Antonina del 212. Se, come è sicuro, la lotta si chiuse solo con la legislazione di Giustiniano, e, come dobbiamo supporre, anche qui con la vittoria degli usi provinciali sul diritto romano, la soluzione complessiva di tutti quei nodi s'intuisce prossima. L'opera di Giustiniano, invero, nella parte innovatrice, ha un carattere spiccatamente orientale[1]), specie in ordine alle forme degli atti, e perciò tra essa e quelle consuetudini provinciali, mai domate dal diritto dell' Impero, v'è una relazione immediata, di causa ad effetto, che vien posta sempre più in evidenza. Le forti oscillazioni delle opinioni finora enunciate dagli scrittori non debbono sorprendere, perchè esse sono in realtà l'espressione più fedele dello stato delle fonti latine, ancora affatto inesplorate su questo argomento. Gli studi papirologici hanno assodato il punto di partenza, e prodotto un grande fermento di idee e di ricerche, ed è già molto; ma i documenti di rado possono darci la soluzione limpida e definitiva dei problemi di diritto che si agitano nella nostra scienza. Essi, per il loro carattere, direi, di prodotti naturali ci presentano il fenomeno giuridico allo stato greggio, con un linguaggio ora

[1]) Cfr. Collinet, Études historiques cit.

sbiadito ora vago ed incerto, per cui l'accertamento delle norme che vi presiedono è esposto a continui dubbii. Per questo rispetto il valore di un rescritto imperiale vale bene tutta una serie di documenti privati, perchè da esso noi ricaviamo la norma di diritto nella sua purezza, e la vediamo viva ed operosa, spesso in contrasto con gli usi provinciali; e possiamo misurare, per contrario, nello stesso tempo il grado di energia che tali usi opponevano con la loro risoluta persistenza al diritto dello Impero. Perciò è ovvio dire, che il fattore decisivo per l'incremento del sapere rimane sempre nella nostra materia lo studio del Corpus iuris, che ha smisurate profondità ancora inesplorate. Una più accurata indagine sui testi legislativi potrà forse condurre alla soluzione di tutti i problemi qui accennati, che per esperienza ripetuta degli ultimi anni può ben rinvenirsi distinguendo nettamente i due strati che si trovano sorrapposti nel Corpus iuris, e cioè il diritto romano classico ed il diritto giustinianeo. La scuola storica, come ho dimostrato, la vecchia e la nuova, lavorò incessantemente con gli elementi classici, riconducendoci sempre più verso le dottrine e le teorie dei giureconsulti romani. Il diritto giustinianeo, da cui fluisce la parte più larga del diritto comune, fu invece ricacciato nell' ombra.

La revisione critica delle fonti consente a noi oggi di seguire un metodo diametralmente opposto, cioè quello di rimettere in luce il diritto giustinianeo, scoprendo così in una volta la vera causa di tutte le contraddizioni e delle teorie vaghe e inconsistenti costruite degli autori nella nostra materia.

8. Un' avvertenza devo ancora aggiungere e riguarda il metodo nell' esame e nella critica dei testi. Noi avremo da fare, precipuamente, con i rescritti raccolti nel Codice, perchè le riforme più essenziali di cui s'è fatto cenno furono eseguite con ordine sistematico, appunto sulle costituzioni imperiali raccolte nel Codex. Ciò dipende probabilmente da varii motivi. Alcune idee poterono assumere una forma più concreta e matura appunto nell' ultimo anno dell' opera legislativa. Più di frequente peraltro ciò deve attribuirsi al fatto che i Compilatori incaricati della revisione del

Codex ebbero nelle mani un materiale maneggevole, già elaborato, onde poterono rivederlo con maggior vigilanza, più calma e più sapienza, frutto quest' ultima del lungo studio e della grande fatica durata sulle opere dei giureconsulti. E infine non deve trascurarsi il fatto che la correzione e inversione dei rescritti era più agevole ad effettuare che quella dei passi dei giureconsulti, che avevano spesso una struttura ampia e variata, una perfetta concatenazione di idee e di sviluppi, che ne rendevano ardua la disarticolazione. I rescritti invece redatti metodicamente su uno stesso modello, cui Papiniano diede un' impronta di grande vigoria ed insieme di rigore, costruiti sempre con elementi semplici secondo le leggi, direi, della logica matematica, potevano essere ritoccati con mezzi semplici e rimescolati e ridotti al senso inverso con tocchi brevi e leggieri.[1])

I compilatori del resto, spinti dal desiderio di ottenere la massima concentrazione del materiale ed insieme la 'simplicitas' delle norme giuridiche, furono proclivi a fondere spesso in un solo corpo due rescritti riguardanti casi diversi, come per esempio un caso di mutuo e un altro concernente una stipulatio, unificandone la decisione. L'accertamento di queste operazioni, le più complesse, senza dubbio, che si possono presentare all' interprete, offre com' è ovvio intendere, grandi difficoltà. Sul Codice appunto si hanno studi sporadici e poche esperienze.[2])

[1]) Si avverta che i Compilatori dei Digesti fino al libro XXXIX procedettero con un sistema più largo d' interpolazioni, intercalando o inserendo lunghi brani o frammenti tratti dalle costituzioni giustinianee [Gradenwitz, Interpolationen p. 10]. Dopo dovettero riflettere che era più opportuno rinviare alla nuova edizione del Codice riforme più profonde (anche per la 'tanta reverentia antiquitati habita' ?).

[2]) Un esempio sicuro di fusione di varie leggi in unica costituzione, che innova poi il diritto precedente, si ha in Cod. V, 1, 5 [Riccobono, Arra sponsalicia: Pel 50° anniversario di insegnamento del Prof. Pepere, 1900 p. 139] e ciò malgrado i rilievi in contrario di P. Krüger. Il lavoro di Rotondi 'Sulla tecnica dei Compilatori del Codice giustinianeo', 1912, riguarda le geminazioni, e particolarmente il tit. I. 4 de episcopali audientia. Ma dato che la formazione di questo titolo è del tutto singolare, e come tale già rilevata dagli antichi e da Hermann [Codex ed.

Ma la prova da me fatta sul tit. VIII, 53 de donat. mi ha indotto ad allargare le indagini, e credo di aver trovato la chiave per veder più addentro al sistema tenuto dai Commissarii. In un lavoro però d'indole dommatica non si può indugiare ogni volta a discutere questo o quel procedimento seguito dai Commissarii, onde mi è parso più congruo, dove è possibile, tentare la restituzione del testo genuino. Ma ciò deve intendersi nel senso ed al fine unico della dimostrazione, perchè essa proceda più spedita e raggiunga col linguaggio conciso e vigoroso dei giureconsulti romani la massima evidenza. Nel seguire tale sistema non fui scevro da titubanze, perchè non vorrei il rimorso che altri mi attribuisse la pretesa presuntuosa di voler rifare i testi antichi, o di esercitare inutilmente un' arbitraria prepotenza ai danni della verità. Io so bene[1]) che ha tutt' altro valore il testo, tramandatoci dai libri antichi di quello che noi vogliamo forgiare o imaginare, al solo scopo dell' interpretazione storica. E peraltro importa notare che il tentativo ogni volta è scevro da audacie. Infatti non è una mia particolare convinzione il credere che i Compilatori d'ordinario lavorarano di mosaico sui testi che avevano per le mani, perchè l'esperienza ormai più larga conferma ciò in modo sicuro. I testi sono tante volte alterati con mezzi tenui; e cioè per via di brevi aggiunte soppressioni mutamenti spostamenti e fusioni: E perciò tagliar fuori interi e lunghi brani, perchè nel mezzo occorrono discordanze o una parola, nuova di formazione o solo per il senso, è arbitrario; perchè tutte le mende dei passi dipendono tante volte da tagli e rattoppi, mentre essi conservano idee ed elementi genuini. Onde come prima norma, sia pure col valore di una semplice presunzione, si deve sempre partire dal presupposto che nel testo sono molti

---

Kriegelii p. 506 n. b. ad l. Ulod. VII, 65] è ovvio osservare che esso non può servire di modello nè fornire esperienze proficue. Rotondi sospetta pure che il titolo sia nuovo, introdotto nella 2ª ediz. del Codex, ma è da notare che il C. Th. I, 27 ha la rubrica 'De episcopali definitione', la quale non poteva mancare nella prima edizione del Codice di Giustiniano.

[1]) Cfr. ZSS. vol. 33 p. 288.

elementi classici; che bisogna perciò conservare il più che sia possibile di quel che esso contiene, e viceversa che non bisogna introdurvi nuovi elementi, se non in casi sicuri, accertati da confronti, richiesti d'altronde dalla originaria redazione del passo. Se operando in tal maniera s'incorre in errori, almeno si sbaglierà cautamente.

L'avvertenza non inutile, pertanto, mi risparmierà nel corso del lavoro molti rilievi e indugi.

Capitolo II.

La stipulatio classica fino a Giustiniano.

9. La stipulatio è un contratto formale, che si compie mediante una solenne interrogazione del futuro creditore e una congrua risposta del futuro debitore. Forma e funzione della stipulatio sono significate in maniera perspicua da Paolo nel noto passo delle

> S. V, 7, 1: Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollemnitate concipiuntur, *cet.*

Nel suo pieno sviluppo, dunque, la stipulazione serve a conferire efficacia giuridica a qualsiasi convenzione. Se pertanto nel diritto romano vige assoluto il principio, che il patto nudo, cioè la semplice convenzione, in antitesi alla stipulatio ed ai negotia per cui non è richiesta una forma[1]), non può costituire un rapporto obbligatorio nè generare azione, d'altra parte la stipulazione offriva un mezzo assai semplice per rivestire di piena e perfetta efficacia giuridica la promessa di qualsiasi prestazione. Essendo un contratto formale, nel senso più assoluto, la causa qualunque sia, vera o fittizia, lecita o illecita, non infirma per sè la validità del vincolo; di cui nondimeno le conseguenze inique potevano essere rimosse soltanto mediante l'actio e l'exceptio doli, dimostrando cioè il debitore che la causa per cui si era obbligato mancava o era in generale illecita. Il vantaggio dell' obbligazione astratta è sempre preminente nel commercio, appunto perchè libera l'attore

---

[1]) fr. 1 § 2 D. 19, 4; 7 § 4 D. 2, 14; Paul. S. II, 14, 1; II, 22, 2.

dall' onere della prova in ordine alla esistenza della causa dell' obbligazione. Perciò in Roma la stipulazione divenne il negozio di uso più ordinario; la sua funzione precipua era di costituire un' obbligazione giuridicamente efficace per quelle cause per cui si richiedeva la forma, ma inoltre le obbligazioni causali, munite per se stesse di azioni, venivano usualmente trasfuse nella stipulatio, così in modo particolare l'obbligazione di mutuo.[1]) Nella vita moderna abbiamo nulla che si possa paragonare alla stipulatio romana, per quanto riguarda l'uso universale della medesima. Il principio del diritto moderno, che ogni convenzione lecita è per se stessa munita di efficacia giuridica, esclude in buona parte la necessità di ricorrere ad un tipo di contratto formale, quale era la stipulatio. E peraltro la scrittura che ha largamente surrogato la stip. si presenta nel diritto moderno con funzioni assai diverse: come mezzo di prova libero o legale; come elemento essenziale del negozio, p. es. nella donazione o nel testamento; ed infine come costitutiva dell' obbligazione, p. es. nella cambiale, ed in generale nei titoli al portatore. Soltanto in quest' ultima funzione la carta si agguaglia al contratto verbale romano; di cui la forma era agile e semplice quanto quella della nostra cambiale, consistendo, come si è detto, in una interrogatio e una responsio, scambiate dalle parti personalmente, senza che si richieda poi la presenza di testi, o redazione scritta dell' atto eseguito. E se l'uso di redigere in iscritto la stipulatio, avanti o dopo il compimento della solennità verbale, si diffuse in Roma anche prima delle più dirette influenze elleno-orientali; tuttavia la 'cautio' non fu mai considerata nel mondo romano come un elemento essenziale o, in un modo qualsiasi, per se stesso considerevole, ma fu invece adibita e ritenuta sempre come un mezzo più agevole di provare che la stipulazione aveva avuto luogo. I giureconsulti romani anche dell' ultimo periodo non attribuiscono mai un valore diverso o maggiore al documento della stipulazione, e sino a Diocleziano sicuramente questo principio non variò di una linea.

---

[1]) fr. 1 § 5 D. 12, 1; fr. 6 § 1 D. 46, 2.

10. Questa affermazione dev' essere dimostrata dal lato positivo e negativo. Positivamente, accertando che Giustiniano alterò nel Corpus iuris pochi testi antichi per conferire, espressamente, all' instrumentum stipulationis valore pari alla solennità orale, nel modo che sarà in seguito meglio determinato. Negativamente, col verificare che i giureconsulti e gli Imperatori sino a Diocleziano non conobbero altra funzione della scrittura fuori di quella di una mera facilitazione della prova dell' atto solenne.

La dimostrazione per quest' ultimo verso è più difficile, non solo perchè investe il problema dal lato negativo, ma per due motivi particolari; e cioè, in primo luogo, perchè l'attenuazione della stip. verbale, e la correlativa importanza della scrittura che la conteneva, apparisce di per se stessa cosa naturalissima anche rispetto al periodo classico, che offre già un punto di riscontro nell' evoluzione del testamento per aes et libram; ed in secondo luogo per il fatto, che l'opinione dominante in proposito fin dal sec. XVI[1]) suppone precisamente che tutta l'efficacia del contratto costituito per mezzo della stip. fu riposta, sempre, nell' atto verbale e mai nella scrittura; la qual cosa pone quella dottrina in una posizione privilegiata, potendo essa conciliare, senza sforzo, qualsiasi alterazione esteriore della stip. con tutta la terminologia e la teoria tradizionale dei romani giureconsulti. In sostanza l'opinione dominante ha conferito alla stipulatio due vite: una esteriore mutevole, l'altra interiore che sarebbe durata sempre eguale, prima e dopo che l'atto solenne avesse subito una qualsiasi alterazione. Or io non pretendo che siffatta concezione della stip. sia contraria al diritto del Corpus iuris; ma dico solo che la medesima nemmeno lontanamente fu nota ai giureconsulti romani, i quali, invece, nelle loro trattazioni richiesero sempre e presupposero la solennità orale, che descrivevano e analizzavano con la massima determinatezza, come la causa effettiva del rapporto obbligatorio, che non poteva perciò essere omessa nè altrimenti pre-

---

[1]) Cfr. Cuiacio v. IX p. 1903 ad l. 1 Cod. 8, 37; Gneist o. c. p. 203, 247.

sunta; ed affermo, di conseguenza, che le alterazioni dei testi classici accolte nella Compilazione sono in realtà assai numerose e profonde, operate al fine di attenuare o eliminare totalmente quel rilievo in cui la forma verbale appariva nelle opere degli antichi. Incomincio pertanto dal verificare quest' ultimo punto.

11. La trattazione diretta della stipulatio era fatta nei libri iuris civilis, perchè la stipulatio era un contratto di ius civile, di cui i peregrini furono resi partecipi con lievi particolari limitazioni circa la forma.[1]) Il diritto della stip. si trova esposto in Gaio III, 92 e sgg. in una maniera che era sicuramente tradizionale nella letteratura giuridica fin da Sabino, e che si mantenne intatta in tutte le opere dei giureconsulti, compresi quelli del III secolo e fino nel più tardo Medio Evo, fin dove giunge la tradizione giuridica romana. Come si vede dalla Palingenesia del Lenel i commentatori dei libri tres iuris civilis di Sabino trattavano della stip. nei seguenti libri, che come di solito si corrispondono; e cioè Pomponio nei l. 24—28; Paolo nei l. 11—12 ed Ulpiano nei l. 45—49. I Compilatori presero come base di questa materia ai fini della codificazione l'opera di Ulpiano; onde se è vero quel che ho asserito riguardo al carattere tralaticio di tutte quelle trattazioni a cominciare da Sabino, un confronto tra l'esposizione di Gaio ed i fr[i]. dei Digesti ricavati dall' opera di Ulp. ad Sab. deve esser possibile; tenendo conto, com' è ovvio, dell' indole diversa delle opere, che si riflette necessariamente nelle due trattazioni: quella di Gaio elementare e raccolta, quella di Ulpiano profonda ed ampia, come si conveniva ad un trattato che mirava a raccogliere tutta la tradizione scientifica dello ius civile. Il confronto, perciò, se riescirà utile nei risultati deve assurgere ad un importanza straordinaria, perchè Ulpiano non ebbe di sicuro per modello l'opera di Gaio, e quindi se coincidenze vi si riscontrano, esse dimostrano che la materia era già da tempo solidificata e si trasmetteva come una massa compatta nelle opere di tutti i giuristi.

---

[1]) Gai III, 93.

12. Dei requisiti di forma della stipulatio trattava Ulpiano sotto la rubrica 'de inutilibus stipulationibus', così ricostruita dal Lenel, e che si manifesta bene appropriata, osservando che 'la locuzione inutilis est stipulatio' ritorna in Gaio III, 97—104 di continuo, con valore tecnico, che presuppone quindi una rubrica.[1])

Or per osservare lo schema delle due trattazioni quella di Gaio e l'altra di Ulpiano, ai fini di una più profonda indagine sull' argomento, giova meglio riportare qui un lungo brano dai Digesti, annotando al margine dello stesso i confronti con Gaio, che saranno poi illustrati particolarmente.[2]) fr. 1 D. 45. 1 Ulp. l. 48 ad Sabinum.

Gai III

Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: [*nec absens quidem*], quoniam exaudire [*invicem*] debe[*n*]t. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum [*praesentem*] stipuletur, et [*adquiret*] ei ex stipulatu actionem. [*item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*]

§ 92 . . . ex interrogatione et responsione.
§ 105 mutus, surdus.
§ 109 infans.
§ 136 absens.

§ 1. Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, [*obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem*].

§ 2. Si quis ita interroget[3]) 'dabis?' responderit 'quid ni?' et is utique in ea causa est, ut[4]) obligetur: [*contra*][5]) si sine verbis adnuisset. [*non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit*]: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.

§ 3. Si quis simpliciter interrogatus responderit: 'si illud factum erit, dabo' non obligari

§ 102 ad id quod interrogatus erit non responderit . . .

---

[1]) Lenel, Palingenesia v. II, c. 1186; Das Sabinussystem p. 79.

[2]) Le interpolazioni sono segnate, per quanto è possibile, con caratteri corsivi e chiuse da pareutesi.

[3]) Mommsen corregge 'interroganti', meglio 'interrogatus' cfr. § 3.

[4]) Ulp. 'non'. [5]) Ulp. 'item'?

eum constat: aut si ita interrogatus: 'intra kalendas quintas' responderit 'dabo idibus', aeque non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est. et versa vice si interrogatus fuerit sub condicione, responderit pure, dicendum erit eum non obligari. cum adicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem, [*nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur*].

Gai III

sub condicione...

si sestertia x a te dari stipuler...

§ 4. Si stipulanti mihi 'decem' tu 'viginti' respondeas, non esse contractam obligationem [*nisi in decem*] constat. ex contrario quoque si me 'viginti' interrogante tu 'decem' respondeas, obligatio [*nisi in decem*] non erit contracta: [*licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse*].

§ 5. Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem.

§ 6. Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. [*et scriptura Sabini, sed et verum patitur*], ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat [*sive per se sive per verum interpretem*].

§ 93 peregrini, Graecus sermo

si modo Graeci sermonis intellectum habeant.

Il confronto del testo ulpianeo con Gaio dimostra in primo luogo, che nonostante i tagli operati dai Compilatori nello squarcio di Ulpiano, tuttavia la corrispondenza fra le due trattazioni è continua, nel punto scelto per

saggio, dal principio alla fine. L'esposizione di Ulpiano era perciò più organica e più dettagliata che non sia consentito di scorgere ora nel brano assottigliato dai Compilatori. L'ordine dei punti trattati conta poco; sia per l'indole diversa delle opere, come osservai, e sia ancora perchè nella disposizione della materia e degli argomenti sui singoli temi, si rivelava in deffinitivo, tutto il contributo personale di questi trattatisti romani. Ciò vale particolarmente per lo ius civile, che, dopo l'epoca Adrianea, non subì di sicuro movimenti nè essenziali nè notevoli. L'argomento in esame offre appunto un esempio insigne per verificare tale asserzione.

1. L'atto solenne è descritto da Gaio e da Ulpiano nell' introduzione con parole che non coincidono, ma si equivalgono: Gaio lo rappresenta descrivendolo dalla realtà: ex interrogatione et responsione[1]), veluti . . . Ulpiano ne rileva in astratto l'elemento essenziale: non potest confici nisi utroque loquente. Questa locuzione doveva essere pure tradizionale, perchè Gaio III, 96 riferisce casi in cui l'obbligazione si costituisce 'uno loquente', che furono eliminati dai Compilatori nei Digesti.

La stip. perciò si effettua mediante la pronuncia di parole determinate da parte dei contraenti; onde essa presuppone l'idoneità fisica a parlare ed udire, la praesentia dei contraenti e l'unitas actus. Tutti questi requisiti sono conseguenziali: la praesentia, perchè la solennità deve essere compiuta dalle parti interessate; unitas actus, perchè l'atto solenne per sua natura non ammette interruzione, richiedendo tutta l'attività dello spirito di coloro che vi partecipano; mentre, inoltre, nel diritto come nelle religioni il rito esteriore costituisce un elemento essenziale.

Dal primo requisito, che consiste nella pronuncia di parole determinate, Ulpiano desumeva la incapacità a compiere la stipulatio dei: mutus, surdus, infans, absens, che perciò si trovano subito elencati nel testo in connessione con la forma dell' atto. Ma i Digesti presentano i quattro casi conglobati in unico periodo, cui si riferisce un unico

[1]) Cfr. 1 § 7 D. 44. 7 Gai II aur.

motivo: quoniam exaudire [*invicem*] debent; Gaio, invece nel § 105 distingue già anche il mutus dal surdus e attribuisce solo al surdus quello stesso motivo riportato nei Digesti: quia et is qui stipulatur verba promittentis, et qui promittit verba stipulantis exaudire debet. Del mutus dice evidente — palam est — che non possa stipulare: s'intende perchè privo dell' organo più essenziale, la parola. L'infans è in Gaio § 109 paragonato al furiosus, incapace perciò: quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent.[1]) Questa specificazione di motivi è cospicua, corroborata poi dal medesimo Ulp. Reg. XX, 12, 13, che spiega quelle stesse incapacità a proposito della testamenti factio, aggiungendovi quelle speciali dell' impubes e del prodigus. Ebbene Ulpiano così distingue i motivi: § 12: impubes . . . quoniam nondum plenum iudicium animi habet; § 13: . . . mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus quoniam verba . . . exaudire non potest; furiosus quoniam mentem non habet.

Nelle dette opere dunque Gaio e Ulpiano combaciano perfettamente su questo punto. Onde si deduce con certezza, che Ulpiano nel fr. 1 in esame doveva svolgere i diversi casi di incapacità fisica in periodi separati, adducendo per ciascuno di essi il motivo proprio, e che Triboniano condensò la trattazione formando di tutti unica categoria, cui riferì uno stesso motivo d'incapacità, quello proprio al surdus, esteso mediante l'avverbio '*invicem*'. Triboniano credette che quel motivo, essendo più generale e nello stesso tempo incolore, non avrebbe suscitato sorpresa, mentre quello particolare al mutus 'quia loqui non potest' avrebbe dato all' occhio. L'interpolazione è difficile a segnare, perchè tutti gli elementi conservati sono ricavati dall' esemplare, in cui del resto furono eseguiti larghi tagli e spostamenti. La frase 'nec absens quidem' l'ho indicata come interpolata, perchè il caso doveva essere considerato a parte, nella continuazione. Le manipolazioni dei testi or rilevate sono peraltro frequenti e note da confronti diretti.[2])

---

1) Cfr. Inst. III, 19, 7—10; fr. 1 §§ 12, 15 D. 44. 7 Gaii II aureorum.

2) Cfr. V. F. 70[1] e fr. 9 § 7 D. 7. 1; Riccobono, Studi Brug p. 171 sgg.

Anche il periodo che segue: 'si quis . . . actionem' subì la mano dei Compilatori, ridotto in frasi vibrate, con impronta legislativa; infatti *igitur*, la forma del futuro[1]) *adquiret* sono usati di preferenza dai Compilatori; questo verbo poi è privo di soggetto, che nella struttura del periodo non doveva omettersi: la qualifica *praesentem* apposta a servum era superflua per un classico, ricorda bene invece la c. 14 Cod. 8. 37 di Giustiniano [a. 531]. Tuttavia l'interpolazione è solo formale; forse il periodo fu spostato dal suo luogo, dove doveva pure essere considerata la stip. dei filiifamilias; onde non ho segnata l'interpolazione che rispetto alle parole e forme caratteristiche ai Compilatori. E fare così giova; per reagire contro l'uso invalso di espellere dai testi interi brani sol perchè presentano lievi mende o discordanze. Lo studio delle dottrine infatti esige ora più cura nel distinguere le interpolazioni sostanziali da quelle meramente formali, ricavate d'altronde dagli stessi esemplari classici.

2. Il requisito della 'praesentia' era posto in evidenza da Ulpiano nella continuazione, come è dimostrato dalla frase 'nec absens quidem', che si disse dislocata. E di essa i giureconsulti facevano ogni volta espressa menzione, per quanto fosse intuitiva. Così Paolo S. V, 7. 2: Verborum obligatio inter praesentes non etiam inter absentes contrahitur; Gai III, 136 . . . cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit[2]); e Teofilo III, 21 determina l'inesistenza della stipulatio in confronto alla scrittura quando sia fatta *οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος*. Tutto ciò va rilevato perchè ove si rinvenga nelle opere dei giuristi o nei rescritti espresso quel requisito, non v'è ragione alcuna di attribuirlo ai Compilatori, per quanto il testo si possa presentare profondamente alterato.[3])

[1]) Riccobono, Communio, in 'Essays in legal history' p. 88 n. 3.

[2]) Cfr. fr. 2 § 2 D. 44. 7; Gaii II aur. I. III, 22, 2.

[3]) Cfr. più oltre l'esame del fr. 134 § 2 D. 45. 1; c. 1 Cod. 8. 37; c. 3 Cod. 8. 39; Paul S. V, 7, 2 e l'Interpret. vigisota. Il passo poi delle Instituzioni III, 22, 1 in confronto a Gaio III, 136; ed il testo di Gaio III, 138 saranno considerati a parte.

3. Dell' unitas actus trattava Ulpiano in connessione immediata alla praesentia. L'atto iniziale deve compiersi inter praesentes senza interruzione alcuna; la risposta deve seguire immediata e congrua alla domanda; tra l'una e l'altra non è consentito che si attenda ad altre operazioni. Si può ammettere bensì una pausa, un momento di riflessione, prima della risposta, la quale può essere accompagnata da una facezia o da una frase epica[1]), ma non è consentito che lo stipulante fatta l'interrogazione si allontani. Quid se ritorna subito per raccogliere la risposta? Ciò è tollerato, dice Ulpiano nel § 1, che non è scevro da alterazioni. Io ritengo che il caso era controverso tra i giuristi, o perlo meno essi dovevano in proposito fare delle distinzioni riguardanti la durata e la causa dell' allontanamento, per escludere che fosse lecito passare ad altra occupazione nel frattempo; infatti il periodo 'et reverso responsum est, obligat' è astruso, mentre si attenderebbe la solita locuzione: 'utilis est stipulatio' in contrapposto all' 'inutilem' che precede; ma sicuramente interpolata è poi la motivazione: *intervallum enim medium non vitiavit obligationem*, in cui il verbo doveva essere al presente, essendo la giustificazione generale ed obbiettiva; e l'*intervallum medium*, senza limiti di sorta, è certo contrario alla solennità dell' atto, e quindi impossibile. Il pensiero dei Compilatori, peraltro, apparisce chiaro in più luoghi. Notevole in proposito è il

> fr. 137 pr. D. 45. 1. Venuleius I Stip.: Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet [*ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit*] et comminus responderi stipulanti oportet. certum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem [*die*] respondisset.

Dunque la risposta deve essere immediata. Se l'atto s'interrompe per altre faccende, la risposta ritardata non giova a costituire l'obbligazione, quantunque segua entro il giorno. *Eadem die*? Anche questo termine è impossibile sia genuino; perchè avvenuta l'interruzione, ed essendosi

[1]) fr. 65 D. 45. 1 Florentinus 8 Inst.

rivolto il promittente ad occupazioni diverse, la inefficacia dell' atto è assoluta, anche se la risposta segua 'eodem momento', ed inoltre il quamvis vorrebbe segnare già la 'dies' come limite normale tollerato, cosa che è in aperto contrasto con il 'comminus oportet', che è fermo nella protasi del passo. L'interpolazione poi del periodo '*ut tamen . . . possit*' è evidente, anche per la forma condizionale espressa con vera predilezione dai Compilatori con la frase *ut tamen*.[1])

Nel risultato perciò i Compilatori vollero ammettere la possibilità che tra la domanda e la risposta intercedesse un intervallo, di tutto un giorno(!). Ed il limite potrebbe apparire segnato più largamente nel

fr. 12 pr. D. 45. 2 Venuleius 2 stip. Si ex duobus qui promissuri sint, hodie alter, alter postera die responderit, Proculus non esse duos reos ac ne obligatum quidem intellegi eum qui postera die responderat: [*cum actor*] ad alia negotia discesserit [*vel promissor, licet peractis illis rebus responderit*].

L'interpolazione della chiusa fu rilevata da Eisele[2]), ed il brano è certamente in gran disordine. Io osservo che il concetto che vi si contiene, funge ora da motivo alla decisione che precede: cum *cet*; mentre è probabile che Venuleio considerasse pure in questo luogo altro motivo di nullità della seconda stipulazione, cioè: sed si actor ad alia negotia discesserit. Era qui dunque contemplata giusto quella situazione medesima che presenta Ulpiano nel testo che abbiamo in esame; e che i Compilatori scombinarono in tutti e due i passi, per concedere un intervallo ed attenuare il rigore dei testi classici. E rispetto alla forma di costituzione di duo rei l'interpolazione fondamentale si trova nel

fr. 6 § 3 D. 45. 2 Iulian. 42 dig. Duo rei sine dubio ita constitui possunt ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat: [*modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obliga-*

---

[1]) Riccobono, La comunione cit. p. 81.

[2]) ZSS. 13 p. 149.

tioni non sit], nihil impedit, quo minus duo rei sunt. fideiussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit, potest videri non impedire obligationem reorum, [*quia nec largum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi*].

Le aggiunte più sicure nel passo sono quelle segnate in corsivo; mediante le quali fu data permissione alle parti di compiere nell' intervallo altro *modicus actus*, con la condizione che non sia '*contrarius obligationi*', e che l'intervallo sia *modico*. Resta il problema di sapere quali sono gli atti contrarii all' obbligazione; mangiare, dormire, suonare il flauto? Quali gli atti modici? E che bisogna intendere per modico intervallo? La indeterminatezza di tutti questi punti rivela l'alterazione del principio esposto dai classici, che esigevano sempre rigorosamente l'unitas actus. Giuliano nel testo riferito determinava condizioni e limiti per via di esemplificazioni; il fondo del passo è perciò genuino, e le interpolazioni vi sono sovrapposte. Il contenuto delle medesime è ripetuto nel fr. 3 pr. D. 45. 2, di cui qui interessa la frase: '*posterior etsi ex intervallo accipiatur*' che si legge nel mezzo del periodo aggiunto dai Compilatori.[1])

In conclusione i Compilatori lasciarono nei Digesti solo l'ombra del requisito dell' unitas actus, che sostianzalmente distrussero. Tra la proposta del futuro creditore e l'accettazione del futuro debitore può intercedere ora un intervallo, che può giungere al limite dell' intera giornata: *eadem die*; il quale termine si rivela subito coordinato alla riforma contenuta nella costituzione 14 Cod. 8. 37 dell' a. 531 dove la praesentia fu ridotta nel senso: *si in eadem civitate utraque persona in eo die commanet*.

E perciò fin da ora si può giudicare che i Compilatori in realtà lavorarono con molta vigilanza i testi antichi per cancellare dagli stessi quella maggiore determinatezza e precisione con cui i classici descrivevano tutti i requisiti della stipulatio, che pure nell' opera di Ulpiano apparivano in grande rilievo. La solennità orale fu disorganizzata e

[1]) Cfr. Eisele, ZSS. 13 p. 149.

abolita totalmente. Aggiunte, tagli, spostamenti di periodi e di frasi furono, per quel che abbiamo visto, determinati da un motivo unico generale, quello di dare un tono ambiguo a tutti i requisiti della stipulatio, smorzandone le tinte più vive. Così via via si disegnava la linea della nuova stipulatio letterale, che doveva poi essere svolta con grande risalto nel Codice.

Nel riprendere l'esame del fr. di Ulpiano occorrono altre osservazioni di importanza secondaria, ma non del tutto trascurabile. Nel § 2 Ulpiano doveva esaminare le forme che la risposta del futuro debitore poteva assumere per la validità della stipulatio.[1]) I Compilatori conservarono due esempi: nel primo il debitore alla domanda: dabis? risponde: quid ni; nel secondo con semplice annuizione. Ulpiano dice efficace la prima forma, escludendo, all' opposto, che il consenso si possa esprimere con cenni senza la parola. Ma abbiamo elementi diretti per mettere in dubbio quella decisione affermativa, e ritenere impossibile la tolleranza attestata nell' uso dei termini tecnici, che invece dovevano corrispondersi rigorosamente[2]), nella interrogatio e nella responsio. La mutilazione del brano, peraltro, si mostra nelle parole introduttive: '*si quis ita interroget*' mentre la struttura del passo esige 'interrogatus' secondo la mia proposta. La discordanza quindi fu prodotta dall' alterazione del testo per opera dei Compilatori. Anche il periodo '*non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit*' appare interpola-

---

[1]) Vi corrispondeva almeno in parte il § 95 di Gaio, che è lacunoso.

[2]) Ciò è provato dal 'dummodo congruenter respondeatur' posto da Ulp. nel § 6 come condizione per la validità della stip. fatta con l'uso di lingue diverse, che si riferisce appunto alla congruenza pur nella forma e nei verba, onde si deve dire che la decisione di Ulpiano doveva essere la opposta. Quella riferita nei Digesti ha fatto grande difficoltà '[Gotofredo ad h. l.] ed è inoltre contraddetta dalla c. 10 Cod. 8. 37 del 472, che suppone fino allora la stip. eseguita verbis sollemnibus vel directis' cfr. inoltre J. III, 15. 1 'sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere'; Theoph. eod., fr. 8 in fine 46,4 riportato più oltre nel testo. La terminologia della stip. è peraltro esposta da Gaio III, 92, 93, 94, e non abbiamo notizia di un ulteriore sviluppo in questo proposito.

tizio[1]); ben' inteso però che Ulpiano doveva trattare in questo luogo il quesito, dando sostanzialmente la stessa decisione. La interpolazione è quindi formale, come si vedrà meglio più oltre nell' esame del fr. 7 § 12 D. 2. 14.

Nei §§ 3—5 contemplava Ulpiano casi di nullità della stip. per la non perfetta coerenza della risposta alla interrogazione del creditore. I ritocchi dei Compilatori vi sono evidenti, e già rilevati dal Lenel e da H. Krüger. Gaio trattava lo stesso punto di diritto con gli esempi medesimi nel § 102 e nessuna variazione si coglie nel confronto con il testo di Ulp., depurato dalle interpolazioni.

Nel § 6 si giunge all' uso della lingua, di cui Gaio si occupava fin dall' inizio nei §§ 93, 94 in connessione con la stip. dei peregrini. Il rapporto era logico e aveva un fondamento reale, onde si deve ritenere che la trattazione della stip. dei peregrini fu soppressa dai Compilatori precisamente da questo luogo. La fonte dell' una e dell' altra trattazione è Sabino, citato da Ulpiano, che amplia l'argomento considerando oltre la lingua greca la punica e la siriaca, della ammissibilità delle quali per la stip. si dubitava. È difficile a primo aspetto imaginare che al tempo dei Severi non fosse consentito l'uso di queste ultime lingue in Roma, dove Africani ed Asiatici rigurgitavano, e perciò si sarebbe inclini a credere, che quel dubbio fosse pure tralaticio nelle opere giuridiche, espresso da scrittori più remoti. Ma d'altra parte è impressionante che lo stesso Ulpiano più oltre, nel l. 48, trattando della acceptilatio, che coincide perfettamente in tutto con la stip., ritenga, come una sua particolare opinione, consentito per essa anche l'uso del greco: fr. 8 § 4 D. 46. 3: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat ut Latinis verbis solet: *ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών*; ed inoltre, che egli ammetta per il fedecommesso (e si capisce non per il legato) parimenti solo l'equiparazione del greco al latino, senza far menzione di altre lingue.[2]) E se a ciò

---

[1]) Cfr. Albertario in Filangieri a. 1912 p. 32 [Estr.]

[2]) Ulp. Reg. XXV, 9; onde se nel fr. 11 pr. D. 32 [Ulp. 2 fideic.] si legge: Fideicommisso quocumque sermone relinqui possunt, non solum Latina vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana vel alterius cuius-



si aggiunge che la citazione nella chiusa del testo è in disordine, forse perchè vi fu eliminata l'argomentazione che Ulpiano doveva desumere dal suo esemplare, si arriva proprio a dubitare che tutto il tratto non abbia subito un forte rimaneggiamento da parte dei Compilatori, che dovevano naturalmente stabilire la eguaglianza di tutte le lingue. E sicuramente interpolata è poi la frase '*sive per se sive per verum interpretem*', perchè l'intervento di un terzo nella solennità della stipulatio, sia pure con una funzione meramente meccanica, è incredibile; mentre la qualifica dell' interprete, che dev' essere vero = idoneo [autorizzato?] è d'impronta giustinianea. E peraltro nel periodo, che precede nel testo, Ulp. richiede intelligenza diretta della lingua: ita tamen ut uterque alterius linguam intellegat, come la esigeva Gaio § 93: si modo Graeci sermonis intellectum habeant. Riscontri sorprendenti, dunque, tutti questi che mostrano come la struttura intera degli istituti di ius civile — in opposizione al ius gentium e al ius honorarium — fosse già ossificata al punto da mostrarsi inerte e perciò insensibile alle nuove idee e alle influenze delle correnti moderne, che pur erano in questo periodo attive e imponentissime.

Onde la conclusione non varia anche rispetto all' ultima parte del testo Ulpianeo. Il confronto con la trattazione di Gaio è costante e intimo. Definizioni, locuzioni, esempi, decisioni e motivi formano una massa compatta nella trattazione della stip. che è assunta da Ulpiano nella sua opera tale e quale si trovava esposta da Sabino e dai trattatisti del secolo secondo, senza alcuna variazione di rilievo. Ne segue, che al tempo di Ulpiano la stipulatio non aveva subito deformazione di sorta, ed in particolare nessuna attenuazione era stata consentita al rigore della

cumque gentis, il testo apparisce alterato. Infatti la sconcordanza tra 'sermone' e 'Latina' *cet.* doveva essere evitata da un classico con la ripetizione del sostantivo 'lingua'. Perlomeno la struttura del passo doveva essere diversa; nelle I. III, 15, 1 è evidentemente interpolata la frase '*vel qua alia lingua*'. Si noti infine che i passi che contemplano altre lingue che la latina e la greca riferiscono sempre esempi diversi, Teofilo III, 15, 1 cita quelle dei Sirii e degli Egizii.

forma, per cui si esigeva realmente: presenza delle parti, unitas actus e solennità orale, come al tempo di Sabino.

Queste essendo le condizioni della stip. al tempo di Ulpiano, si comprende che la funzione della cautio ed il suo valore risultano ora determinati con grande fermezza, nel senso che essa poteva essere adoperata solo per provare la solennità eseguita; e se questa non aveva avuto luogo quella era inane, cioè valeva niente.

13. La riprova di queste risultanze, che si desumono dall' esame minuto di un sol passo dei Digesti in confronto al testo di Gaio, riesce ora agevole. Ed invero tutte le opere dei giuristi dell' epoca dei Severi, da Papiniano a Modestino, le sole per altro che in questo argomento debbeno essere considerate, non contengono una qualsiasi minima traccia, che segni una deviazione nel ius stipulationis dalla linea che è stata messa in evidenza. La stip. vi è sempre descritta e riferita o direttamente rappresentata dalla realtà con quella terminologia e con tutti quei particolari che ci son noti. I verbi 'interrogare, spondere, respondere'; i sostantivi 'interrogatio, promissio, responsio' appariscono nel riferimento dei casi pratici fatto dai giuristi in tutte le forme e di continuo, talchè addurre esempi sarebbe cosa davvero superflua.[1]) Nè si dica che in tutte quelle opere domina solo l'antica tradizione, come una sopravvivenza del tutto formale, perchè effettivamente quanto noi possediamo della produzione giuridica romana, e certo più di $^{3}/_{5}$ di essa, deriva dall' epoca dei Severi, onde non è supponibile un tale stranissimo fenomeno, cioè che i giuristi nel riferire i casi dalla pratica, decisioni o motivi o controversie concernenti la stip., e nello scrivere i manuali

---

[1]) Basterà riportare un gruppo di esempi tratti da Ulpiano e da Paolo. Ulp. 22 ad ed. fr. 75 D. 45. 1: § 2 si quis ita stipulatus sit ... § 5 Qui vero a Titio ita stipulatur ... et qui ita stipulatur ... § 6 cum alioquin ita interrogentur ...; Paul. 72 ad ed. fr. 83 § 2 D. eod. ... tu unum daturum te spoponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum; Paul. 134 § 1 eod. una interrogatio et responsum unum. La frase ad interrogatum respondere ha valore tecnico per significare la congruenza della risposta: Gai III, 102; I. III, 15, 1; III, 19, 23; Interpret. ad Paul. S. V, 7, 2; Ulp. 1 § 2 seg. D. 45. 1.



per uso dei giovani, non avessero avuto occasione e sentito il bisogno di porre in rilievo, nella teoria e nelle applicazioni, che la scrittura della stip. faceva presumere iuris et de iure la eseguita solennità orale, e che perciò la cautio valesse quanto la stip. verbale. Ebbene, al contrario, se noi svolgiamo i libri dei Digesti o uno dei manuali del III secolo a noi pervenuti ricercandovi definizioni o determinazioni generali della stipulatio, ci sarà dato subito di osservare, che in quei libri, dovunque, la stip. è rappresentata unicamente come un contratto solenne, verbale e con le parole medesime che usava Sabino o Gaio o Pomponio.[1]) Le eccezioni sono sparutissime e verranno naturalmente esaminate più oltre. Ma il risultato generale della ricerca è impressionante. Paolo dofinisce: S. II, 3, 1 Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus respondet: veluti 'spondes? spondeo' *cet.*; Modestino 2 Reg. spiega: fr. 52 § 2 D. 44. 7: Verbis cum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio: ogni contratto dice Ulpiano l. 48 ad Sab. fr. 2 D. 46. 2: potest . . . transire in verborum obligationem; Paolo l. 28 ad Sab. dice, che il credito si effettua pure mediante la stipulatio: fr. 2 § 5 D. 12. 1: verbis quoque credimus. Ma sopratutto poi due testi, uno di Ulpiano e l'altro di Paolo, hanno una forza invincibile.

Ulp. l. 48 ad Sab. fr. 8 § 3 D. 46. 4. Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est; acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.

Paul. l. 3 ad ed. fr. 38 D. 44. 7. Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur.[2])

Dunque, non solo che la stipulazione è ritratta dalla realtà come un atto verbale che si compie mediante una

---

[1]) La definizione accolta nelle I. III, 15 pr. deriva da Gaio; di Pomponio v. fr. 5 § 1 D. 45, 1 [26 ad Sab.]: Stipulatio est verborum conceptio quibus is qui interrogatur daturum facturumque se quod interrogatus responderit.

[2]) La seconda parte del testo sarà riferita più oltre.

interrogatio e una congruens responsio; ma, più direttamente, si afferma pure che 'fit verbis', e posta in confronto con la scrittura si dice che la 'oratio' o come si esprimeva già Gaio[1]) 'ipsa pronuntiatio' è la generatrice dell' obbligazione. Paolo, il più teorico dei giureconsulti, enuncia il concetto con insistenza, formulandolo in tutti i toni: S. V, 7, 1: stipulationes . . . quadam verborum sollemnitate concipiuntur . . . quod per eas firmitas obligationum constringitur: l. 3 quaest. fr. 126 § 2 D. 45. 5: [*plerumque*][2]) enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt.

É evidente che siffatti enunciati non possono considerarsi tutti come figurazioni teoriche, fermate solo dalla forza della tradizione: chè essi scaturiscono, invece, dal diritto vivo, dalla essenza più intima ed invariata dell' istituto, dalla realtà che i giureconsulti stessi vivono ogni giorno, e perciò si riflettono in tutte le applicazioni, nei motivi espressi, nelle decisioni, nei dibattiti di punti controversi e nei più minuti particolari. Ma v'è di più; la dottrina, nel senso ormai noto, è così salda, in questo periodo, che essa nè declina nè varia menomamente con l'arrestarsi dell' attività dei grandi giureconsulti, ma procede immutata sino a Diocleziano, e sempre dotata di tal vigore da poter comprimere la tenace resistenza delle consuetudini contrarie provinciali, che riconoscevano nella parola scritta la sorgente di tutti gli effetti giuridici.

14. I rescritti rappresentano il diritto nella sua forma più viva, nella sua attuazione pratica. Essi sono più significativi dei responsi dei giuristi, specialmente da Caracalla a Diocleziano, perchè, essendo in questo periodo indirizzati per lo più ad abitanti delle provincie orientali dell' Impero, mostrano di continuo l'applicazione dei principii di diritto più elementari, posti in gran rilievo e sui quali i giuristi non avevano di solito occasione d'insistere; onde in essi si rispecchia limpido il conflitto, suscitato dall' unificazione del diritto nell' Impero, tra le consuetudini delle provincie orientali ed il diritto di Roma. I rescritti sono perciò do-

---

[1]) fr. 74 D. 45. 1 Gaii 8 ad ed. [2]) Triboniano.



cumenti di cognizione preziosi per lo stato del diritto del secolo terzo.

Or è rimarchevole che sino a Diocleziano si continua ad esigere con grande insistenza la 'solemnitas verborum' per l'efficacia obbligatoria di qualsiasi convenzione nuda, secondo il principio romano. Ciò si comprende a primo acchito, perchè in deffinitivo il conflitto con le provincie doveva mostrarsi più aspro e più serrato riguardo alle forme dei negozii, la cui inosservanza è un fatto appariscente ed ha effetti gravissimi, annullando il negozio qualunque esso sia nella sua radice. La revisione dei rescritti da questo nuovo punto di vista deve riuscire quindi fruttuosa, per scoprire dalla realtà la forma che secondo il diritto dell' Impero la stipulatio doveva assumere. Tra essi qualcuno deve essere esaminato fin da ora con maggiore attenzione.

c. 3 Cod. 4. 64. Iidem [Diocl. et Max.] AA. et CC. Leontio. Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

Il rescritto procede con precisione analitica. Rileva non solo la necessità della stip. ma pure la causa dell' obbligazione che consiste tutta nei verba; onde aggiunge, certo non senzam otivo, la determinazione, che sarebbe peraltro superflua, che l'azione nasce 'ex verborum obligatione'. Dopo un secolo, io dico, dal tempo di Settimio Severo, se il documento avesse potuto, comunque, rappresentare la solennità verbale, la diffusione della scrittura nell' Oriente avrebbe dovuto sconsigliare Diocleziano dallo esprimersi con siffatta precisione, quando era sufficiente indicare la necessità della stipulatio.

Lo stesso carattere ha la

c. 1 Cod. 8. 43. Imp. Antoninus A. Apronio. Iam tibi rescripsi posse apud iudicem quaeri, an solemnibus verbis, tutoris auctoritate interveniente, soror tua acceptilatione debitorem suum liberaverit. Quare si in repetenda pecunia quam [*exolvit*] diversa pars persevera-

verit [*uteris defensionibus competentibus*]. PP. III Id. Febr. duobus Aspris conss.

Le interpolazioni non vengono in considerazione in questo luogo; certo nel rescritto era 'accepto tulit' invece di '*exolvit*'; ed una frase equivalente a 'iure munitus es' invece dell' indeterminato „*competenti difese*“. Ma quel che deve notarsi è la risposta rigorosamente determinata, che esige si dimostri in giudizio se l'accettilazione fu compiuta validamente, in particolare se eseguita 'sollemnibus verbis'. E la funzione della scrittura inter praesentes? Fra acceptilatio e stipulatio non vi è sicuramente differenza alcuna, come vedremo subito.

E così si esprime Gordiano per l'accept. e per la stip.: c. 6 Cod. 8. 42: . . . nec de superfluo eos, quos verbis obligavit per acceptilationem liberavit; c. 3 Cod. 8. 41: . . . . cum per verborum obligationem [*voluntate novationis*] interposita debito liberatus sis; e poi precipuamente Diocleziano nei seguenti rescritti:

c. 7 Cod. 3. 38: . . . evictionis promissionem sollemnitate verborum [*vel pacto promissam*] probantes; dunque si deve provare la promessa di evizione fatta mediante la 'sollemnitas verborum'. L'inciso '*vel pacto promissam*' vede ognuno che è d'origine giustinianea; per cui alla stipulatio fu equiparata la promessa per patto, evidentemente per scrittura, come da questa dissertazione deve emergere.

c. 12 Cod. 4. 2: Si in rem communem cum Ione mutuam sumpsisti pecuniam [*nec re*][1]) nec sollemnitate verborum vos obligastis in solidum *cet.*

c. 7 Cod. 4. 64: . . . si placitis citra stipulationis sollemnitate non exhibeant fidem *cet.*

Questi rescritti[2]) mostrano che gl' Imperatori, in ispecie Diocleziano, adoprando quelle locuzioni così deter-

---

[1]) *nec re* Triboniano.

[2]) Le locuzioni citra vinculum stipulationis c. 3 C. 4. 32 [a. 203], citra stipulationem [Papiniano] F. V. 263, fr. 7 D. 18. 7 non vengono qui in considerazione, perchè la forma resta indeterminata. E se nel responso cit. di Papiniano V. F. 263, la stipulatio si oppone alla



minate vogliono evitare qualsiasi ragione di dubbio; e perciò ribattono sempre che la stip. come l'accept. si devono dimostrare eseguite nella forma solenne verbale, che è loro propria, per poter produrre o una efficace obbligazione munita di azione o la liberazione dal vincolo obbligatorio costituito verbis. Ed ora si scorge perchè gl' Imperatori insistono con forza su questo motivo della forma, per contrastare precisamente gli usi contrari delle provincie, tutti incardinati sulla tradizione locale, che attribuiva alla scrittura qualsiasi efficacia giuridica. È rimarchevole pertanto che in proporzione le frasi 'sollemnia verba', sollemnitas stipulationis' 'verborum' si riscontrano assai più di frequente nel Codice che nei Digesti. Il motivo è palese, e sarebbe errore riferire qui al gusto bizantino l'uso di determinativi solenni applicati a tutte le forme di negozi ed alla stipulatio; chè essi sono invece genuini e rivelano una condizione di cose assai diversa da quella vissuta dai giureconsulti classici, per cui si rendeva necessario di spiegare e imporre con insistenza che la stipulatio dovesse consistere in una solennità orale.

15. L'opinione, che possiamo dire tradizionale, non sarà disposta, io credo, a cedere le sue posizioni soltanto per i rilievi fatti a proposito dei rescritti ora citati. Come osservai avanti le sue posizioni difatti sono formidabili. Essa dice: la efficacia dell' obbligazione nella stipulatio deriva sempre dai verba e non mai dalla cautio, dal documento redatto dalle parti: onde se a questo fu attribuito un valore tutto particolare, per cui si presume, dalla attestazione in esso contenuta, eseguita la solennità verbale,

---

epistula, si potrebbe dire giustamento che la lettera 'inter absentes' non può surrogare la stipulatio. Il fr. 7 D. 18, 7 cit. è stato ritenuto interpolato da Beseler, Beiträge III p. 91, non giustamente, dacchè la frase 'citra stipulationem' domina invece la svolgimento del testo. Papiniano dice: con l' actio venditi si può solo perseguire un interesse effettivo, si può perciò chiedere il rifacimento di un danno di qualsiasi natura, prodotto dall' inadepimento di un patto; al di là di questo limite la convenzione si considera come un nudo patto, onde è necessaria la stipulatio per renderlo efficace, perchè solo l' obbligazione formale non presuppone un interesse; confr. I. III, 19, 19. Essendo questo il contenuto del passo la interpolazione pretesa dal Beseler è impossibile.

per ciò stesso non si venne a mutare per nulla lo ius stipulationis; e quindi la detta dottrina potrebbe conchiudere che tutte quelle locuzioni usate dagli Imperatori non contraddicano il fatto accertato da altre testimonianze delle fonti, cioè che la scrittura inter praesentes fu per finzione di diritto considerata come stipulatio, ovvero che l'attestazione scritta fa presumere iuris et de iure eseguita la forma verbale.

A siffatta osservazione, che apparisce a prima vista legittima, io rispondo con altra serie di passi, nei quali la stipulatio ossia la verborum obligatio è posta in confronto giusto con la scrittura, espressamente; con la deduzione solita, cioè che l'atto obbligatorio, o liberatorio, è dichiarato inesistente perchè manca la stipulatio, quantunque ci sia il consenso consacrato nella scrittura.

E qui trova luogo, avanti tutto, il confronto tra l'apocha e l'acceptilatio, cui annetto una particolare importanza, perchè elementi sicuri di cognizione possiamo trarre precisamente da Ulpiano e poi da rescritti del III secolo.

fr. 19 § 1 D. 46. 4 Ulp. Regularum. Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit.

Ciò significa, che l'accept. è atto formale in senso assoluto, e l'apocha, invece attesta solo l'avvenuto pagamento; opera cioè come il chirografo di mutuo. La scrittura pertanto non estingue l'obbligazione, ma è idonea solo per la prova: l'accept. invece la estingue in forza dei verba.

E da questo punto fermo si giunge a determinare la forma della stipulatio; perchè stip. e accept. sono atti formali perfettamente correlativi. La accept. si compie con determinate parole solenni, in senso contrario alle parole solenni con cui l'obbligazione fu costituita. Acceptilatio e stipulatio sono dunque equivalenti, appartengono alla classe medesima; onde se la scrittura = apocha non può mai equipararsi negli effetti alla acceptilatio; nemmeno la cautio = instrumentum può mai surrogare la stipulatio verbale.

Questo ragionamento si può tradurre per maggiore evidenza in una formula logica come segue: a (stip.) b (accept.) c (cautio) stanno fra loro nel rapporto[1]):

$$a = b - b \frown c) - a \supset c.$$

e ciò significa, che se a e b appartengono alla medesima classe, sono cioè eguali nell' efficacia giuridica formale, c non essendo uguale a b, non sarà nemmeno uguale ad a. Questa relazione è assoluta. Onde se varii testi ci hanno mostrato che l'acceptilatio è atto formale, che si deve compiere mediante una solennità orale[2]) che non può essere surrogata dalla scrittura, la posizione medesima si deve riscontrare rispetto alla stipulatio. La prova la richiederemo particolarmente ai rescritti dioclezianei:

> c. 6 Cod. Iidem [Dioclet. et Max.] AA. et CC. Nicandro. Si ex pretio debitae quantitatis facta novatione per stipulationem usuras licitas contra quem supplicas stipulatus es, falsa mutuae datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis non defecerat substantia, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est et eius praestari fenus convenit, simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione. S. XV k. Dec. AA. conss.

La prima parte del rescritto non interessa, se non per il confronto con la seconda, che contiene una nuova specie. Or nella prima l'obbligazione delle usurae è valida per l'efficacia della stipulatio; nella seconda no, perchè il documento non ha forza novatoria, e non è idoneo poi, come nuda convenzione, a stabilire l'obbligazione delle usurae. E perciò Diocleziano pone a raffronto precisamente la stipulatio e l'instrumentum, negando a quest' ultimo qualsiasi efficacia, per se stesso.[3]) Se ne deduce che Diocleziano non conosce che la scrittura possa in determinate circostanze rappresentare la stipulatio, quantunque nel caso in

---

[1]) I segni sono quelli in uso per la logica matematica.

[2]) Cfr. fr. 8 § 4 D. 46, 3; c. 6 Cod. 8. 42; c. 1 Cod. 8, 43 riportati avanti. [3]) Cfr. Rabel, ZSS. v. 28 p. 342.

esame il 'conscriptum' possa, come di regola riferirsi ad un instrumentum di mutuo fatto inter praesentes.[1])

Il valore della scrittura è negato rispetto alla costituzione di obbligazioni o per novare quella preesistente con una certa frequenza nel Codice, in alcuni rescritti, o sfuggiti all' attenzione dei Compilatori o ritenuti non particolarmente in contrasto al nuovo ordinamento adottato nella Compilazione. Così nella

c. 6 Cod. 4, 31 Idem (Alex.) A. Polydeuci: [*Neque*] scriptura, qua cautum est, accepta quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit; [et compensationis aequitatem iure postules. *cet.*]	Alex.: [Ea] scriptura qua cautum est, accepta, quae negas tradita obligare te contra fidem veritatis [non] potuit.

La constituzione presenta due rescritti insieme ferruminati, come già appare dalla c. 1 Cod. 5, 21 geminata. Ma di ciò non mi occupo per ora. Qui noto, che Alessandro nega l'obbligazione di mutuo fittizio o d'altro simile contratto in cui il debitore avesse dichiarato, per iscritto, di obbligarsi a restituire cose non ricevute; mentre secondo la pratica provinciale, che considerava la scrittura come l'elemento obbligatorio, l'esistenza o meno della valuta in quei contratti non importava.[2]) Per il diritto imperiale, anche qui, l'inefficacia della scrittura è sicura ed assoluta, senza che peraltro rilevi che la medesima sia redatta inter praesentes o dal solo debitore in assenza del contraente.

In altro rescritto, pure interpolato, emerge similmente il contrasto tra le consuetudini provinciali ed il diritto romano.

c. 1 Cod. 5, 15: Impp. Severus et Antoninus AA. Dionysiae. Dotem [*numeratio*] non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem

---

[1]) Perciò la decisione di Diocleziano si agguaglia per questo rispetto a quella di Africano nella l. 34 pr. D. 17, 1, che nega la trasformazione in mutuo di un rapporto esistente, mediante una semplice lettera. L' elemento della presenza delle parti è quindi indifferente.

[2]) Cfr. Rabel ZSS. cit. v. 28 p. 311 seg. Mitteis, Grundz. XVII, n. 6, 7.

dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es. Data XIII kal. Aug. Chilone et Libone conss. [a. 204].

Dionisia poteva essere una provinciale sposata ad un civis romanus. La dote fu costituita mediante istrumento, e la parte avversa opponeva probabilmente all' azione dotale che la costituzione di dote era stata fittizia, conforme ad un uso del mondo greco[1]); e perciò gli Impp. decidono che Dionisia deve provare la reale esistenza della dote. La controversia si riduceva in fondo alla valutazione della scrittura, alla quale Dionisia attribuiva appunto l'efficacia costitutiva della dote, come alla stipulatio alla mancipatio ed alla traditio.[2])

Ma sopratutto interessante è il seguente rescritto di Diocleziano e Massimiano:

c. 14 Cod. 4, 2 Iidem AA. et CC. Hadriano. Mutuae pecuniae, quam aliis dedit creditor citra sollemnitatem verborum subscribentem instrumento non habet obligatum. Sine die. AA. conss.

Qui incontriamo un documento di mutuo sottoscritto da un terzo che nulla aveva ricevuto. L'intervento di questi nell' operazione di credito poteva avere per motivo un rapporto esistente col mutuatario, per effettuare perciò una delegazione di debito, ovvero la causa di fideiussione come precisamente nel *Δάνειον* di Nicareta.[3]) Il rescritto nega invece la esistenza di qualsiasi obbligazione del sottoscrittore del documento, ricordando che solo mediante la 'verborum sollemnitatem' si sarebbe potuto addossare al terzo l'obbligazione di mutuo. Onde, se guardiamo la decisione imperiale dal punto di vista del diritto classico, che vi è con fermezza applicato, la interpretazione di Cuiacio appare impeccabile: *subscriptio illa habetur pro nudo pacto, quod non parit obligationem.*[4]) Ma se, invece, confrontiamo il rescritto col diritto del Codice, che ammette indubbiamente l'equivalenza della scrittura alla stipulatio, allora l'inter-

---

[1]) Cfr. Rabel ZSS. 28 p. 332 ed ivi citati. Cod. IX, 49, 9.

[2]) Le quali forme dovevano essere rilevate nel rescritto al posto della numeratio; cfr. Riccobono ZSS. 34, p. 176.

[3]) Cfr. avanti p. 234. [4]) Cuiacio ad h. l. v. IX p. 318.

pretazione giusta, conciliativa, è quella della Glossa, che in questo luogo suppose la subscriptio apposta dal terzo nella qualità di *testis* e non di debitore. La Glossa così tolse alla legge qualsiasi importanza; sapientemente, perchè nella Compilazione di Giustiniano, in realtà, l'obbligazione letterale domina sulla forma solenne romana.

16. Questi pochi esempi sono per ora sufficienti per delineare in brevi tratti e sicuramente lo stato del diritto imperiale, verso la fine del regno di Diocleziano, in ordine al rapporto tra la scrittura e la stipulatio, e che si disegna nei termini segnenti.

a) Nel sistema romano la stipulatio era l'unico mezzo di costituire un vincolo obbligatorio formale, e serviva perciò a tutti gli scopi del commercio, quali in ispecie la delegazione, la novazione, la fideiussione etc.; la scrittura non aveva tale efficacia, e si adoperava, come sempre, solo ai fini della prova in giudizio del contratto formale.

b) La stipulatio si doveva eseguire con una solenne interrogatio da parte del futuro creditore ed una congrua risposta del futuro debitore, e mai poteva essere surrogata, in un modo qualsiasi, dalla cautio stipulatoria.

c) Perciò gl'Imperatori e particolarmente Diocleziano, rivolgendosi di continuo agli abitanti delle provincie orientali, esigono determinatamente la 'verborum sollemnitas' e svalorano totalmente la scrittura, la quale nelle consuetudini locali, come forma di contratto letterale, adempiva a tutte le funzioni della stipulatio romana.

d) Essendo per il diritto romano indifferente che la redazione del documento fosse fatta inter praesentes o da una sola parte, in assenza dell' altra, così quest' elemento mai è posto in rilievo nei rescritti che dichiarano la scrittura priva per sè di qualsiasi efficacia.

Da questo schizzo si vede che il grande conflitto, suscitato dalla c. Antonina del 212 tra il diritto romano e le consuetudini elleniche nelle provincie, raggiunse la massima asprezza precisamente sul terreno delle forme dei negozi giuridici. Come abbiam visto, con l'esame dei varii rescritti, le consuetudini locali, che riconoscevano la scrittura come

elemento essenziale dei negozi, nelle più varie direzioni, erano bensì di continuo represse, ma non furono divelte: esse continuarono invece senza nulla mutare delle loro forme native; le clausole di stile aggiunte ai documenti, che volevano attestare la eseguita stipulazione o la tradizione del possesso, sul modello degli instrumenta stipulationis e mancipationis della pratica romana, non potevano alterare quel carattere tradizionale proprio ai documenti nelle provincie ellenizzate; e come vedremo nel seguito, in questa lotta di un secolo, che Diocleziano sostenne poi con estremo vigore, alfine la sconfitta toccò alla teoria romana.

In secondo luogo, poi, resta dimostrato dall' esame finora fatto, che l'espediente di sottintendere avvenuuta la redazione del documento inter praesentes, e perciò valevole come attestazione della stipulatio, o fatta nell' assenza dell' altra parte, cui ricorre la dottrina tradizionale, per spiegare le decisioni divergenti intorno a chirografi o istrumenti con efficacia formale da una parte, o scritture considerate semplicemente, come documenti di prova dall' altra parte è senza alcun valore precipuamente per il diritto classico; ed è inoltre dal punto di vista esegetico pessimo esempio, perchè l'interprete intromette, nell' un caso o nell' altro, di mero suo arbitrio, un elemento essenziale nel testo, che in deffinitivo costituisce il nerbo della soluzione.

Onde si può conchiudere che la teoria classica si mantenne illesa sino a Diocleziano sicuramente, esigendo per la validità della stipulatio la 'sollemnitas verborum', che in nessun modo poteva essere surrogata da un documento scritto di qualsiasi natura. E perciò le locuzioni che riscontriamo negli scritti dei romani giuristi, composti dopo il 200, e nei rescritti imperiali dell' epoca dei Severi sino a Diocleziano, ci rappresentano veramente, in maniera viva ed univoca, la stipulatio nella sua forma solenne orale, quale era nella realtà, necessaria per rivestire di efficacia giuridica qualsiasi convenzione.

17. Nel periodo bizantino da Costantino a Giustiniano, v' è una lunga sosta nella lotta su questo punto tra il diritto

romano e le consuetudini provinciali contrarie, di cui gli effetti ci sfuggono apparentemente, ma che nel secolo avanti la Compilazione di Giustiniano si manifesteranno aperti e decisi. Certò è che nessuna notizia abbiamo di riforme concernenti la stipulatio, prima dell' anno 472; ed invece da alcuni elementi possiamo dedurre che la medesima continuò ad essere considerata nel diritto imperiale come un atto solenne, secondo la struttura classica a noi nota. Tali elementi sono:

1. La legge di Teodosio e Valentiniano dell' anno 428, con la quale fu abolita la necessità della stipulatio nella promessa di dote, con la statuizione: qualiacumque sufficere verba censemus [*sive scripta fuerint sive non*] etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.[1]) Questa legge presuppone il vigore della stipulatio romana quanto ai verba ed alla solennità orale, la cui inosservanza veniva profondamente a turbare nelle provincie orientali i rapporti patrimoniali tra coniugi, che erano stabiliti secondo la consuetudine per mezzo di atti scritti; privi perciò di efficacia giuridica. La parola 'stipulatio' nella legge ha il pieno significato classico = interrogatio et responsio, come appare evidente dalla Interpr. che dice esplicitamente: etiamsi desit stipulatio promittentis et verba iuridica. Siffatta intelligenza della riforma teodosiana è corroborata poi e posta fuori dubbio da tutto il movimento legislativo nel campo delle donazioni e del diritto dotale, che s'inizia con Costantino e mira, per quanto in modo disordinato, a sottrarre i più importanti negozi nell' ambito della famiglia alle forme romane.[2])

2. La terminologia che usa l'Imp. Leone nelle sue leggi rispecchia ancora intatto il vigore della stipulatio solenne[3]); così nella c. 33 § 3 Cod. 1, 3 forse dell' a. 469 nella quale in materia di fideiussione processuale Leone così si esprime: . . . reverendissimi orthodoxae fidei sacer-

[1]) c. 6 Cod. 5,11 = c. 4 C. Th. 3,13.
[2]) Riccobono, Mélanges Girard, II p. 457 segg.
[3]) La c. 9 Cod. 5, 14 del 488, sicuramente interpolata sarà esaminata nel paragrafo relativo al diritto dotale.



dotes seu certe oeconomi, aut ecclesiae defensores seu clerici, in causis civilibus suis sive ecclesiasticis nulla praebendi fideiussores molestentur iniuria, sed aut vicariis fideiussionibus contradantur, quas tamen stipulationum solemnis cautela vallaverit, aut cautioni et professioni propriae aut facultatum suarum obligationibus committantur.

La locuzione 'stipulationum solemnis cautela' si riferisce indubbiamente alla solenne interrogatio e responsio dei contraenti, ed equivale alla verborum sollemnitas così di frequente inculcata da Diocleziano.

3. La legge notissima dello stesso Leone che è del seguente tenore:

Const. 10 Cod. 8, 37 (38). Imp. Leo A. Erythrio pp. Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, [*legibus cognitae*][1]) suam habeant firmitatem. D. k. Ian. Constantinopoli Marciano cons. [a. 472].

Si è discusso sulla portata di questa legge[2]), la quale deve apparire sicuramente enimmatica ed un solenne anacronismo quando si ritenga iniziata e compiuta la trasformazione della stipulatio, rispetto alla solennità orale già dalla fine del secolo secondo. Il significato della medesima si rende perspicuo invece, ora, essendo escluso, come risulta dalla esposizione che precede, che fosse stata già riconosciuta nel diritto dell' Impero una qualsiasi attenuazione della stipulatio verbale, tanto meno poi che fosse stata assorbita dal documento fin dall' epoca di Settimio Severo. La legge di Leone, pertanto, non solo attesta per il diritto vigente il requisito della solennità classica, ma, abolendo solo le parole solenni, viene a confermare la necessità che le parti esprimano il loro consenso in una forma libera bensì, ma orale e di presenza. Questa interpretazione è avvalorata dagli stessi compilatori delle Istituzioni e da Teofilo, che allacciarono la legge di Leone immediatamente a quel tratto del testo di Gaio in cui era descritta la forma orale, con indicazione delle parole solenni richieste per eseguire

[1]) La frase 'legibus cognita' la ritengo interpolata.

[2]) Cfr. Windscheid, Pand. § 312 n. 2 ed ivi citati.



la stipulatio. I Commissarii perciò ignoravano su questo punto qualsiasi sviluppo intermedio della stipulatio, e scrivono:

> I. III, 15. 1 'sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

È vero peraltro che nella Compilazione giustinianea le ulteriori riforme della stipulatio, di cui diremo nel capitolo che segue, conferirono alla legge di Leone un significato nuovo e più generale, cioè quello che il consenso può essere espresso comunque, anche per scrittura e non necessariamente redatta alla presenza delle parti.

18. Nel chiudere l'esame della forma della stipulatio fino a Giustiniano possiamo pertanto costatare che essa non subì alcuna alterazione fino alla legge di Leone dell' a. 472. La stipulatio si doveva compiere oralmente, e con parole solenni, nella forma di un' interrogazione e di una congrua risposta. L'uso contrario delle provincie ellenizzate, per cui essa si riteneva validamente eseguita mediante scrittura con la clausola stipulatoria, fu vigorosamente contrastato dagli Imperatori prima del periodo bizantino. Nè rileva che tutte le imposizioni nel risultato deffinitivo si dimostrarono vane, perchè in questo luogo importa solo accertare lo stato del diritto dell' Impero, che in questa materia non si distaccò di una linea da quello che si trovava esposto nelle opere dei giureconsulti romani. Così si spiega che la tradizione giuridica della stipulatio rispetto alla forma, alla terminologia, alle conseguenze di diritto, si riscontra intatta, nelle opere degli ultimi giuristi, nei rescritti imperiali fino a Diocleziano e nelle leggi fino a Leone. Si spiega inoltre che il diritto della stipulatio classica si rinviene pure posto in grande evidenza anche nei Digesti, dove l'organica conformazione dell' Istituto emerge ancòra sufficientemente; perchè i Compilatori non avrebbero potuto mutare l'uno e sformare l'altra senza offendere, o meglio senza disfare completamente la struttura dei testi

classici. E la teoria della stip. quale appare dai Digesti influi sulla dottrina di ogni tempo. Nelle fonti greche derivate dalla Compilazione giustinianea fino ad Armenopulo[1]) la stip. è rappresentata prevalentemente come un contratto solenne verbale. Nell' Occidente poi la tradizione classica si mantiene così viva nella pratica e nella dottrina[2]), e la sua continuità è così caratteristica che in Italia e in Gallia la stip. si rappresenta eseguita con interrogazione solenne e una congrua risposta fin nei più tardi documenti dell' alto Medioevo.[3])

Irnerio descrive la verborum obligatio con tutti i requisiti come ora li conosciamo da Gaio, ed i medesimi si ritrovano condensati con la stessa compattezza nel Brachilogus III, 9, dove solo la c. di Leone interrompe la linea classica. Ma sarebbe errore attribuire la continuità di siffatta tradizione all' influenza di opere pregiustinianee, in particolare delle istituzioni gaiane, perchè in realtà, come ho dimostrato in questo capitolo, la forma e l'essenza della stipulatio classica appare tutta ed in grande rilievo nei Digesti, per quanto la mano dei Compilatori abbia con arte e con molta accortezza tentato di smorzarne le tinte più vive.

Capitolo III.

Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustinianeo.

19. Contro la tradizione così cospicua, che rappresenta la stipulatio con una compattezza direi monolitica, dall' epoca più remota fino a Leone ed a Giustiniano, sta, precipuamente nel Corpus iuris, un esiguo numero di testi nei quali teoricamente, ed anche in singole applicazioni, si enuncia la massima che la cautio, od in generale la scrip-

[1]) Ἐξάβιβλ. Append. III, 29. Heimbach.

[2]) Naturalmente è superfluo citare a questo proposito l'Epitome di Gaio II, 9, 3 e i fr. di Autun II, 70.

[3]) Cfr. Brandileone, Atti R. Acc. Torino v. 42 p. 789 e segg.; Ferrari Atti R. Ist. Veneto v. 69 II p. 789 e.; segg.; cfr. Papiri Ravennati [Marini] n. 92 del sec. VI o VII: stipulanti tibi in verbis sollemnibus spopondi; Tabularium Ecclesiae S. Mariae in via Lata (Hartmann) n. 1 a. 921; sub stipulationem et sponsionem solemniter interposita.

tura fatta inter praesentes, fa presumere in modo assoluto eseguita la stipulazione orale, della quale perciò non si può richiedere la prova all' attore. La nostra attenzione deve ora rivolgersi appunto a quel gruppo di passi; ed è consentaneo che l'indagine prenda le mosse da una c. di Giustiniano in cui la nuova dottrina è dichiarata espressamente, con larghe considerazioni circa i motivi che la determinarono, come usa l'imperatore bizantino. La c. è del seguente tenore:

c. 14 Cod. VIII. 37 (38) Idem [Imp. Iustinianus] A. Iohanni pp. Optimam quaestionem et frequenter in iudiciis vessatam satis humanum est saltem in praesenti dirimere, ne diutius nostram rem publicam molestare concedatur. in multis etenim contractibus et maxime in feneraticiis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari. sed quidam indevotione tenti ex hoc materiam altercationis acceperunt: et alii quidem non esse servum adhibitum contendebant. alii vero non eius esse servum, ad quem pertinere scriptura protestabatur: et si non per servum, sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum, et hoc iterum dubitabatur debere ostendi partes esse praesentes.

§ 1. Cum itaque satis utile est in contractibus et servos adhiberi et praesentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsos vel mulieres, quas naturalis pudor non omnibus sese manifestare concedit, sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas et, sive adscriptus fuerit servus et ad quandam personam dicitur pertinere credi omnimodo et servum adesse et fecisse stipulationem et eam esse scripto domino adquisitam et non dubitari, si servus ipse praesto fuerit vel eius domini fuit is, pro quo scriptus est fecisse stipulationem.

§ 2. Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis prolationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique

idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas. D. k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. [a. 531].

Giustiniano c'informa che questioni assai frequenti si agitavano nella pratica giudiziaria, provocate dalle cauzioni stipulatorie, fatte da servi o da liberi, rispetto alle quali i debitori in giudizio esigevano in particolare dall' attore la prova che l'atto fosse stato compiuto in presenza d'entrambi i contraenti: sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum et hoc iterum dubitabatur debere ostendi partes esse praesentes. Qui troviamo dunque attestato che la stip. asserita mediante il documento non esimeva lo stipulante dalla prova dell' atto eseguito inter praesentes. La pronuncia di parole solenni non si richiedeva più, in seguito alla legge di Leone, ma lo scambio del consenso, comunque manifestato, doveva aver luogo di presenza; perchè gli effetti giuridici della stip., come sappiamo, derivavano tutti in realtà dalla pronuncia delle parole, con cui le parti stringevano l'accordo. Se ne deduce, pertanto, che sino a questo momento, cioè al 1° Novembre 531, la stipulatio verbis era sempre in vigore, in diritto, in una forma attenuata bensì, ma di rigore ed affatto insurrogabile. Ad ovviare a siffatti litigi Giustiniano trova il rimedio più semplice che si possa imaginare; e stabilisce: satis utile est in contractibus . . . . . praesentes esse personas adscribi . . . . . tales scripturas omnifariam esse credendas . . . . . credi omnimodo et servum adesse et fecisse stipulationem; cioè conferisce forza assoluta al documento che dichiara eseguita la stipulazione in presenza delle parti, anche se in realtà la presenza non ebbe luogo. Così venne effettivamente abolito il requisito della presenza nella stipulazione, e sostituito semplicemente dall' attestazione scritta. Ed all' efficacia di una tale scrittura Giustiniano pone un solo limite, cioè la condizione che le parti contraenti si debbano trovare effettivamente quel giorno nella medesima città: si in eadem civitate in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum conscriptum

est. Così la possibilità della presenza sostituisce il fatto materiale. Qui abbiamo, dunque, un atto legislativo di grande importanza, che venne in realtà ad abolire i due requisiti essenziali della stipulazione, vale a dire la presenza delle parti e la manifestazione orale del consenso, sostituendovi semplicemente il documento. E noi sappiamo già che, coordinato a questa riforma certamente, anche il requisito dell' unitas actus fu dal legislatore inteso nel senso più largo che l'atto potesse compiersi con un intervallo discreto, durante la giornata, potendo le parti nel tempo intermedio accudire naturalmente ad altre faccende, che non fossero contrarie al contratto.[1]) La quale limitazione si può determinare solo ora con una certa ragionevolezza, intendendola nel senso unico possibile, che le parti non dovessero iniziata la stipulazione compiere atti contrarii alla medesima, come per esempio: fatta una domanda di compra, di servizî, non si può richiedere ad altri la cosa da comprare od i servigi; perchè in tal caso la prima domanda apparisce malferma e non fatta con la seria volontà di obbligarsi. Così la trasformazione della stipulatio classica fu compiuta alfine da Giustiniano durante la codificazione. L'atto orale fu, quanto alla sostanza, surrogato dal documento, da scritture, le quali fanno fede in modo assoluto: omnifariam credendas . . . . . credi omnimodo . . . . . esse credendum . . . . . credendas esse.[2]) La soluzione del problema, che si trascinava da secoli nella parte orientale dell' Impero, è perfettamente conforme allo spirito di Giustiniano ed al metodo seguito persistentemente dal legislatore. Giustiniano di regola non abolisce gl' istituti romani, ma dove occorre, assai spesso, ne mantiene la struttura esteriore modificandone per altro l'essenza, l'anima. Così nel nostro caso, non abolisce la stipulatio, collocando al suo posto il documento scritto, quale era in realtà nella pratica orientale e nelle consuetudini native delle provincie, ma invece mantiene la stipulatio verbis, la quale però si presume iuris et de iure come eseguita quando ci sia la scrittura che l'attesta. Nella sostanza, ora, stipulatio

[1]) confr. avanti p. 254. [2]) Giustiniano ricorre spesso a tale espediente: cfr. 22 C. XI, 47, *esse credendum*; 14 § 1 C. IV, 30.

è = cautio, instrumentum; e nella realtà gli effetti giuridici derivano dalle dichiarazioni scritte e non dalle parole pronunziate; onde la stipulatio verbis generatrice degli effetti giuridici si palesa come un mero espediente legislativo. Esso peraltro era questa volta particolarmente di vantaggio per la codificazione, in quanto permetteva la recezione quasi integra di tutti i passi dei giureconsulti concernenti la materia. La crisi, dunque, della stipulatio s'iniziò nell' Oriente subito con la c. Antonina medesima che unificò il diritto nell' Impero, perchè, se nelle provincie ellenizzate essa fu ridotta ad una clausola di stile appiccicata a qualsiasi documento, il trionfo della scrittura sulla forma romana era inevitabile. Sino a Diocleziano solo la coazione più spietata, in nome del diritto dell' Impero, potè inculcare l'osservanza della forma romana nelle provincie; ma quando l'ultimo baluardo della potenza di Roma si abbattè, la crisi divenne più profonda e più vasta di quanto si possa giudicare dalla legge di Leone del 472, e dovette essere alfine pienamente risoluta dalla riforma di Giustiniano. La quale ora deve essere osservata nelle sue varie applicazioni.

20. Chiarito il punto fondamentale siamo in grado di affrontare ora l'esame della testimonianza più remota che si ha nel Corpus iuris, da cui si desume che l'attenuazione della stip. romana sarebbe avvenuta durante l'attività dei giureconsulti classici e precisamente mediante rescritti. Uno di essi, che rimonta all' Aprile dell' a. 200, è così riportato nel Codice:

c. 1 Cod. VIII. 37 (38) Impp. Severus et Antoninus A. A. Secundo. Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum [*non*] sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, [*credendum est*] praecedente stipulatione vocem spondentis	Severus et Antoninus. Licet epistolae, quam libello inseruisti, additum sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta [non] est, cum praecedentem stipulationem vox spondentis secuta [non] sit, [intellegis, sola

secutam. Accepta XVII K. Mai. Severo III et Victorino conss. [a. 200.]   scriptura obligationem contractam non esse].

La c. porta l'impronta marcata della legge di Giustiniano sopra discussa, di cui la forma e la sostanza vi è trasfusa tutta mediante il verbo '*credendum est*'. Il rescritto infatti enuncia perfettamente quel che Giustiniano stabilì nell' a. 531. Su ciò non occorre fermarsi più a lungo. Ma a chiarire meglio la cosa voglio aggiungere due ordini di confronti.

In primo luogo è accertato che già molto avanti la c. Antonina del 212 la cautio stipulatoria aveva assunto anche in Italia una grande importanza nei giudizi; e ciò non per l'influsso sulla pratica romana del chirografo e della singrafe dei diritti delle provincie, ma sicuramente per l'esempio che veniva dai giudizi tra provinciali, che erano sotto la giurisdizione del praetor peregrinus. Questi provinciali erano facilmente indotti a credere, dal loro punto di vista, che la stip. senza il documento, ovvero l'attestazione della stip. priva della clausola consueta: stipulatus est . . . . . promisit, non fosse giuridicamente efficace. Infatti, gli stessi dubbi sono manifestati di continuo, più tardi, dai provinciali rispetto alla clausola della vacuae possessionis traditio che si soleva inserire nei documenti relativi al trasferimento del dominio.[1]) Così per la stipulatio. Ed invero, in un rescritto di A. Pio si legge:

> 1 Cod. IV, 32 Imp. Antoninus Pius A. Evocato. Si interrogatione praecedente promissio usurarum [*recte*] facta probetur, licet instrumento conscripta non sit, tamen optimo iure debentur. Sine die et consule.

L'avverbio *recte* è sicuramente dei compilatori[2]), inserito anche in questo luogo per richiamare l'attenzione intorno alle nuove forme della stipulatio, di cui l'interprete deve tener conto. Inoltre il verbo '*debentur*' è privo di soggetto. Ma tutto ciò importa poco, perchè io credo che il rescritto dovette essere soltanto concentrato dai Com-

---

[1]) Riccobono, Mélang. Girard II p. 236 segg.
[2]) Cfr. ZSS. v. 34 p. 224 segg.



pilatori. Invece è notevole che il rescritto ha la stessa terminologia dell' altro di S. Severo, che abbiamo in esame, e contiene precisamente il caso inverso. Antonino Pio dice che l'omissione del documento non rileva per la validità della verborum obligatio, che consiste in una interrogatio ed una responsio dei contraenti; e S. Severo doveva riaffermare che la lettera con la clausola stipulatoria non era idonea a costituire l'obbligazione senza la interrogatio e la responsio. I due rescritti, pertanto, applicavano lo stesso principio, l'uno positivamente l'altro in forma negativa, in confronto alla scrittura. Le locuzioni 'praecedens interrogatio, stipulatio'[1]) e 'promissio, vox spondentis' sono rappresentative della solennità orale, e come tali messe sempre in evidenza dai giuristi dell' epoca dei Severi, come fu constatato nel capitolo che precede.

Il secondo ordine di confronti ha rapporto non la tecnica legislativa degli artefici del Codice. I quali ebbero cura di trasformare costantemente la prima c. di ogni titolo per raccordarla con le c. giustinianee poste alla fine del titolo medesimo. Riguardo ai Digesti è stato pure constatato tale metodo, in quanto è provato che molte definizioni o considerazioni che si riscontrano formulate nel primo fr. in varii titoli, hanno appunto carattere legislativo, nel senso più particolare che sono di nuova fattura ai fini della codificazione. Per il Codice è sufficiente richiamare alla memoria del lettore la c. 1 Cod. VIII. 53[2]), e quelle notissime 1 Cod. VIII. 54; 1 Cod. IV. 32; molte altre le vedremo nel corso di questo lavoro. Ma sopratutto perspicuo, per l'analogia che presenta con la c. in esame, è un altro rescritto di A. Pio, che concerne l'istituzione di eredi di schiavi senza la libertà.

---

[1]) Stipulatio = interrogatio si riscontra pure nel fr. 134 § 2 D. 45,1 che esaminerò più oltre; ma i due termini potevano essere scambiati correttamente; come già altra volta si riscontra, invece, interrogatio = stipulatio, così in Seneca, de benef. III 15: ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. Su questo passo v. Salmasio, de usuris p. 135 che riferisce la frase: reum manu sua tenuit al possesso del chirografo. [2]) Cfr. Riccobono, Mélang. Girard II p. 430 segg.

1 Cod. VI. 27 Imp. Antoninus A. Aufidio. Cum servi constituti sub appellatione libertorum heredes scripti essetis, ea scriptura [*benigna interpretatione*] perinde habenda est ac si liberi et heredes instituti fuissetis. [*Quod in legato locum non habet.*]	Antoninus ea scriptura [non] perinde habenda est ac si liberi et heredes instituti fuissetis; [et ideo sine libertate heredis institutio in persona vestrum non consistit.]

Non voglio notare che il rescritto diretto ad Aufidio si trova poi costruito con i verbi al plurale, perchè le irregolarità delle iscrizioni sono abituali. Ma invece va rilevato:

a) Chi i Compilatori allargarono il rescritto con la contemplazione del legato, affatto estraneo al caso proposto; e difatti essi usano di frequente conferire ai rescritti la forma ed il contenuto di leggi generali, estendendone o limitandone la portata, secondo i casi.

b) Che rispetto alla decisione centrale del rescritto essa si trova in disaccordo aperto con Ulp. R. XXII, 7, 11—12, il quale scrive: sed si sine libertate sit institutus omnino non consistit institutio. La nullità era perciò assoluta; e nessuna attenuazione conosce Ulp. al principio che la istituzione di schiavi proprî deve essere fatta, espressamente, cum libertate. Inoltre lo stesso Giustiniano, nel titolo medesimo in due c. dell' a. 531[1]), si compiace di questa innovazione, e la esalta come umana ed ispirata al favor libertatis, ed accorda in ogni caso la libertà, per legge, al servo istituito erede sine libertate. Così nella c. 5 § 1 eod., che contiene la riforma, ritorna precisamente la locuzione medesima che ritroviamo nel rescritto: '*benignam interpretationem indulgemus*'; § 3 '*benigne*'. Onde, come è sicura in questo punto la innovazione giustinianea, così è sicura nella c. 1 la interpolazione che con essa combacia; perchè se nel periodo classico quella decisione più mite fu sostenuta da un giureconsulto, essa venne sicuramente respinta.[2])

[1]) c. 5, 6 eod.

[2]) I commissarii delle I. II, 14 pr. sanno riferire che Giustiniano

Era dunque conforme al metodo seguito dai compilatori del Codice di mettere in evidenza nella 1ª costituzione dei titoli le riforme ultime applicandole a casi concreti, o perlomeno accennandole con una frase monitoria es. recte, iure, legitime, iure perfecto, come ho constatato più volte.

E così nella c. 1 Cod. VIII. 37, che è qui obbietto dell' esame, il '*credendum est*' fu ricavato dalla legge di Giustiniano del 531, con la quale la grande riforma concernente la stipulatio fu compiuta. E tanto questa interpolazione come quella richiamata in confronto della c. 1 Cod. VI. 27, furono eseguite, perciò, dai revisori del Codex, perchè in entrambi i casi le c. giustinianee che servirono di modello portano la data del 531.

Ed infine la epistula ricordata nella nostra c. apparisce nella redazione genuina del rescritto nel suo carattere normale, cioè come mezzo di comunicazione inter absentes. Invero è strano supporre che i contraenti avessero scelto giusto una forma di scrittura propria tra assenti per attestare un atto che richiede rigorosamente la presenza delle parti. Gli scrittori si diedero gran pena a ricercare altri

---

ebbe lo spunto da una opinione di Atilicino 'quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad M. Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert'. La quale notizia è particolarmente determinata ed è vera, desunta sicuramente dalle opere di Paolo citate. Ma perciò stesso è sicuro che la opinione di Atilicino non trovò seguito nella dottrina e nemmeno nei rescritti, altrimenti i Compilatori avrebbero fatto menzione dei precedenti imperiali, che essi ricordano di preferenza nelle costituzioni innovatrici. E del resto, anche a voler supporre che nel caso concreto sottoposto ad Antonino si tratasse di manumissi inter amicos, cioè di Latini Iuniani, appellati liberti dal testatore, la decisione non poteva essere diversa da quella ricostruita da me; infatti auche per questi è sicuro che non potevano essere istituiti eredi: Dosith. 6; Gai I 22 segg. cfr. 24: ne quid directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt. Non resta dunque alcuna via per attribuire ad A. Pio la decisione che si legge ora nella c. in esame, e perciò la interpolazione è accertata per ogni verso. L'Imperatore, tutt' al più, se si trattava veramente di servi in possessione libertatis, voluntate domini avrebbe potuto far valere l'istituzione come fideicommissum, che era ammesso con grande larghezza, cfr. 76 pr. D. 36—1, Paul. II decret.

esempi storici o della letteratura giuridica per giustificare la cosa, e rinvennero i primi nella vita di Cesare e di Augusto[1]), gli altri in numero considerevole. Ma tali esempi non hanno alcun valore. Rispetto a Cesare ed Augusto la scrittura non è designata come epistula, la frase che adopera Plutarco[2]) è molto generica: *διὰ γραμμάτων*; e Svetonio[3]) dice: sermones . . . non nisi scriptos et e libello habebat. Nella letteratura giuridica la menzione di epistulae è sempre tecnica per significare una manifestazione di volontà tra assenti; così Papiniano, che potrebbe anche essere l'autore del rescritto in esame, contrappone in V. Fr. 263 la epistula alla stip. nella maniera più decisa; mentre l'esempio più rimarchevole addotto dagli scrittori, il fr. 57 D. 24. 1, svanisce ora che il testo si può dimostrare interpolato[4]), precisamente nel senso che vi fu soppressa la menzione della stip. di cui perciò le litterae assunsero la funzione.

21. Un altro testo cospicuo per il problema in esame è attribuito nei Digesti ad Ulpiano, e quindi come una nuova testimonianza, contemporanea a quella fornita dalla c. di S. Severo, deve essere subito esaminato in confronto alla medesima.

fr. 7 § 12 D. II. 14 Ulp. l. IV ad ed.	Ulpianus.
Quod fere novissima parte pactorum, ita solet inseri 'rogavit Titius, spopondit Maevius', haec verba [*non*] tantum pactionis loco accipiuntur, [*sed*] etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, [*nisi contrarium specialiter ad-*	Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri 'rogavit Titius, spopondit Maevius' haec verba tantum pactionis loco accipiuntur [non] etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu [non] nascitur actio.

[1]) Cfr. Liebe, Die Stipulation p. 23; Gneist, Formelle Vertr. p. 338; e già Cuiacio ad l. 10 Cod. 8. 37 vol. IX c. 1903.

[2]) Caesar 17.

[3]) Augustus 84; e già Tacito Ann. 4. 39 designa l'uso come straordinario: moris quippe tum erat quamquam praesentem scripto adire.

[4]) Cfr. per ora Mitteis, Privatr. I p. 294 n. 13.



probetur, quod non animo stipulantium hoc factum, sed tantum paciscentium].

Ulpiano applicava in questo luogo con grande naturalezza il diritto della stip. che esige la forma solenne, e, dichiarando la clausola stipulatoria per sè stessa inefficace a conferire alla scrittura il valore della stipulatio, concludeva che la convenzione scritta vale solo come patto nudo, idoneo a generare un' exceptio ma non già l'actio ex stipulatu. La decisione era così elementare da non richiedere illustrazione alcuna. Essa applicava il principio che l'atto inidoneo per difetto di forma a produrre il suo effetto giuridico, può tuttavia, secondo la effettiva volontà delle parti, produrre quell' effetto minore che è in grado di dare, presupposto cioè che esistano tutte le condizioni necessarie all' uopo. Varie decisioni che hanno riferimento alla solennità verbale si spiegano così con agevolezza, per quanto a prima vista sembrino contraddittorie. La stipulatio nulla per difetto di forma non può generare nessun effetto, nemmeno quello di una semplice obbligazione naturale, perchè se in fatto c'è una dichiarazione di volontà, questa nel sistema romano non può avere efficacia obbligatoria.[1]) L'acceptilatio nulla, invece, vale come pactum de non petendo, perchè questo non esige altro che il nudo consenso[2]); e parimenti la scrittura concordata come stipulatio, se non poteva valere nel diritto classico a costituire il vincolo obbligatorio formale, aveva tutti i requisiti per valere come patto nudo.

[1]) Cfr. 1 § 2 D. 45. 1 [Ulpian.].

[2]) 19 fr. D. 46. 4 [Ulpian.]: non liberatur . . sed exceptione . . . pacti conventi tueri se potest. E tuttavia questo punto poteva dar luogo a dubbi in alcuni casi discussi dai giuristi, come si desume dal fr. 8 pr. eod. dello stesso Ulpiano 48 ad Sab.: an . . . quaeritur. Il testo peraltro porta segni evidenti della mano dei compilatori. Cfr. inoltre, Paul. 27 § 9 D. II, 14, un'applicazione concreta è fatta da Iulian. 15 Dig. nel fr. 5 pr. D. 18, 5, dove è interpolata la chiusa: *sed ut evidentius appareat acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.* Il concetto era già espresso da Giuliano nella frase 'voluntas utriusque ostenditur', e quell'aggiunta lo intorbida. La correzione del Mo. è ingiustificata; Rotondi [BIDR. 24 p. 110] tende ad escludere l'interpolazione.

Accertata così la struttura originaria del passo di Ulpiano, l'interpolazione risulta pienamente provata per conseguenza. Ma la prova si corrobora col raffronto della c. 1 esaminata avanti. Ed invero è sorprendente che i due testi, come appariscono nei libri di Giustiniano, sono fra loro discordanti; il primo, cioè il rescritto, dice che il documento anche privo della clausola stipulatoria ha efficacia pari alla stipulatio, se fatto inter praesentes; l'altro, quello di Ulpiano, afferma che la clausola conferisce per sè stessa alla scrittura il valore della stipulatio. I presupposti, dunque, per l'efficacia della scrittura come stip. sono diversi. Sommandoli si ottiene il seguente risultato: che la carta-stipulatio ha piena efficacia:

1. se contiene la sola clausola;

2. se redatta inter praesentes, anche senza la clausola.

E dalle due preposizioni si desume la massima, che ogni scrittura che abbia un elemento qualsiasi, da cui apparisce la volontà delle parti di attribuire al documento per sè forza obbligatoria, assume la natura della stipulatio. Questa estrema conseguenza, che si trae dalla somma delle due decisioni giustinianee è, poi, espressamente dichiarata nella chiusa interpolata del passo di Ulpiano, dove in ultima analisi si dice che l'*animus stipulantium* in contrapposto all' *a. paciscentium* è quello che decide. Or io non credo che vi sia alcuno che possa ritenere tutto questo come un progresso della giurisprudenza classica nella nostra materia. Ed a supporre anche come effettiva soltanto l'attenuazione della forma della stip., e quindi l'efficacia della scrittura in determinate condizioni, un tale sviluppo dovrebbe mostrarsi negli scritti dei giuristi concluso in confini certi, attorno ad elementi sicuri e costanti, con giustificazioni o costruzioni giuridiche che qui mancano completamente. La testimonianza che si ascrive ad Ulpiano, invece, è la più incompleta e difettosa; cosa che non si può addebitare ad uno scrittore nè conciso nè trascurato, relativamente ad un punto di diritto grave, che attiene alla forma degli atti, di cui le norme debbono essere chiare e determinate.

Ma la contraddizione, o divergenza che si voglia dire, tra in due testi si spiega ora senza sforzo, naturalmente, mediante le supposte interpolazioni. I passi originali ritornano concordanti, nel negare entrambi alla scrittura, comunque fatta, l'efficacia della stipulatio. E così era al tempo di Ulpiano sicuramente.

Ed ora si può meglio valutare l'interpolazione della chiusa del passo, riconosciuta già da Fabro, Hotomano e dopo Gneist[1]) ammessa da tutti, la quale si raccorda pienamente con l'alterazione del testo che precede, in quanto i Compilatori vollero segnare la linea generale di demarcazione tra stipulatio e pactum, come altrove distinsero le scritture semplicemente prolatorie da quelle dispositive.[2]) Tutte le scritture possono avere l'una o l'altra funzione, a seconda la volontà delle parti.

22. Un altro gruppo di testi, concernenti la famosa degenerazione della stip., è più semplice ed ora più facile a spiegare.

Tra questi va in primo luogo considerato il

fr. 30 D. 45. 1 Ulp. 47 ad Sab. [*Sciendum est generaliter quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.*]

Questo passo fu trasportato nelle Inst. dove ai fini didattici fu così ampliato:

I. III. 20. 8. *In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum; ideoque constat si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.*

I due brani sono insiticii nell' un posto e nell' altro[3]); e portano l'impronta dello stile giustinianeo ed insieme

[1]) O. c. p. 249.

[2]) Cfr. c. 17 Cod. de fide instrum. IV. 21 Iustinianus [a. 528] Contractus venditionum vel permutationum vel donationum .... illos tamen quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata cet.

[3]) Diversamente Ferrini, BIDR. XIII. p. 178, crede il passo delle Istituz. estratto da Ulp., e più integro.

legislativo: *sciendum est — generaliter — videri omnia sollemniter acta*. È vero che l'avv. *generaliter* è frequente nei giuristi, ma là dove è adibito per determinare la portata di una norma di diritto, cui si attribuisce valore 'universale', come nel fr. 3 § 1 D. 25. 1 *nos generaliter definiemus*[1]); ed in tanti altri luoghi; è caratteristico dello stile legislativo.[2])

E rispetto alla massima che vi è enunciata si deve subito rilevare che essa è contraddetta in modo non dubbio da un rescritto di Alessandro dell' a. 230, così riferito:

> 12 Cod. VIII. 40 Idem A. Theodoto. Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod, cum pro alio intervenires, ἐγγυῶμαι dixisti, cum et his verbis obligationem verborum contrahi pridem receptum est. PP. VI K. Sept. Agricola et Clemente conss.

Dal quale rescritto si desume, non solo che il greco Teodoto aveva prestata fideiussione mediante stip. in lingua greca, ma ancora che la verborum obligatio, come rileva l'Imperatore nella motivazione, era imprescindibile per la validità della fideiussione.

Il passo delle Inst. inoltre con la sua amplificazione riesce in deffinitivo a dare l'impressione, certamente falsa anche per la codificazione giustinianea, che l'equivalenza della scrittura e delle stip. fosse un principio singolare per le stipulazioni fideiussorie: *in stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter* — poteva mai uno scrittore classico esprimere così una mera applicazione d'una norma di diritto generale? Io dico recisamente di no. Ma, di più, è evidente che i Compilatori, intenzionalmente, dichiarano in questo luogo, senza alcuna limitazione, che tutte le scritture relative a fideiussioni valgono come stipulazioni: *quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum*; il presupposto della *praesentia*, dunque, ve lo intrudono gli interpreti.

Ed ancora due osservazioni sono concludenti per rafforzare il sospetto che il passo dei Digesti più specialmente sia di fattura giustinianea.

---

1) Malgrado la contraddizione del Lenel, ZSS. 34 p. 378.

2) Esempii sono superflui: 'generaliter sancire, definire, dicere' sono frasi correnti nelle c. di Giustiniano.



La prima osservazione riguarda di nuovo la esposizione intorno alla stipulatio fatta da Ulpiano nell' opera ad Sab. Non è credibile che Ulp. nel l. 48 trattando della verborum obligatio non avesse sentito il bisogno in nessun luogo di accennare all' importanza che comunque era tributa alla scrittura in materia di stipulazioni, ed invece avrebbe datto notizia del nuovo diritto in proposito, di straforo, con riferimento alla fideiussione, che egli trattava, come sembra, nel l. 47[1]). Nè si dica che gli argomenti a silentio siano inopportuni di fronte ad un materiale frammentario; perchè a ciò si risponde che i Compilatori non avrebbero potuto omettere un tale brano concernente lo sviluppo ultimo del diritto in materia, che essi piuttosto solevano collocare in grande evidenza.

In secondo luogo credo dover ricordare che brevi frammenti o brevi paragrafi inclusi in lunghi passi, quando contengano massime di grave importanza, innovatrici rispetto al diritto precedente, si manifestano quasi sempre costruiti dai Compilatori. Ciò si deve intendere in un doppio senso: o che i passi siano rifatti con gli elementi che offriva il testo originale, troncando sviluppi, confronti, controversie e citazioni; ovvero che siano del tutto nuovi, sostituiti al testo genuino che non si adattava ai fini della compilazione.

Quest' affermazione non può avere qui un largo svolgimento, ma esso nemmeno è necessario, avendo io ragione di credere che ogni studioso dei Digesti abbia in proposito esempi ed esperienze a dovizia.[2])

---

[1]) Lenel, Palin. II c. 1183.

[2]) Anche da questo punto di vista io ho avuta occasione di esaminare nel mio Seminario il tit. de furtis 47,2 dove si rinvengono molti esempi di questo tipo. Ne riporto qui soltanto due: fr. 45 Ulp. 41 ad Sab. Si socius communis rei furtum fecerit [*potest enim communis rei furtum facere, indubitate dicendum est furti actionem competere*]. In questo passo era invece, sicuramente, negata l'a. furti al socio della res communis [cfr. per ora Riccobono, La communio in 'Essays in legal history' p. 56]. I segni interpolazionistici vi sono numerosi: *indubitate* — *dicendum est* — omissione del dativo del verbo *competere* etcc. Il Mo. inoltre vuol cancellare come glossema tutto il periodo: *potest enim . . . . facere*, il che è arbitrario. fr. 47 D. eod. Paulus IX ad Sab.: Si dominium rei surreptae [*quacunque*

Le interpolazioni che concernono la forma della fideiussio sono peraltro nella Compilazione frequenti e note-

---

ratione] mutatum sit domino furti actio competit veluti heredi [*et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario*]. Il testo probabilmente diceva: domino cui res ablata est furti actio competit, et heredi eius. Gli altri casi dovevano essere trattati da Paolo particolarmente, escludendo nella maggior parte di essi la trasmissibilità dell' actio furti. Perciò, la frase *quacunque ratione* è insiticia, ed essa rivela già una riforma di grande portata attuata dai Compilatori in questo punto. Altro bellissimo esempio traggo da Messina-Vitrano 'L'elemento della liberalità e la natura del legato, Palermo p. 17' fr. 36 D. de leg. II Ulp. Reg. Legatum est [*donatio*] testamento relicta; da confrontare con Ulp. Reg. XXIV, 1 Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur. Ho ricavati tutti gli esempi da opere dedicate all' esposizione del ius civile, perchè i brani estratti da esse richiedevano una continua e più profonda manipolazione per essere accolti nei Digesti, essendo che lo ius civile presentava veramente un sistema di diritto estraneo ai Bizantini, e che, sopratutto, aveva bisogno di essere rimodellato per le forme solenni con cui si attuava. Quest' osservazione può essere feconda in varie direzioni. Si spiega così che le interpolazioni si manifestano più frequenti e visibilissime nei passi estratti dalla massa Sabiniana. I compilatori, come ho detto, non potevano avere alcun interesse ad accogliere tutto quel diritto nazionale romano, che doveva ora sparire unificato col ius gentium e honorarium. Forse così si spiega che i Compilatori non poterono utilizzare i celebri tres libri iuris civ. di Sabino, che per la loro forma breve e sentenziosa non si adattavano a riduzioni. Un esempio è fornito nella dottrina del condominio dai fr. 26 D. 8. 2 Paul, 15 ad Sab. e 28 D. 10, 3, Papin. 7 qu., dove la massima di Sabino fu sottoposta ad una forte stemperatura da parte dei compilatori [cfr. Riccobono, La communio, cit. p. 35, 97.] Da ciò segue: che l'osservazione fatta dal Bluhme [Zeitschrift f. g. R. W. IV p. 342—43 e p. 257 e sg.], che cioè i Commissarii della massa Sab. offrirono un maggior numero di passi variamente manipolati, deve ora essere riveduta, per trarne conseguenze maggiori e più reali. In particolare, ritengo un errore attribuire il differente trattamento dei testi al temperamento o al metodo speciale tenuto dalle varie sottocommissioni, chè invece ciò dipendeva, obbiettivamente, dal contenuto delle opere che era essenzialmente diverso. Ed in secondo luogo, osservo, che se le opere del ciclo Sabiniano dovevano essere necessariamente interpolate in misura larga, a motivo del loro contenuto, cade ogni argomento per supporre siffatte manipolazioni eseguite direttamente dalla sottocommissione che escerpì i passi; mentre, invece, è più logico supporre che l'ordinamento ed il rimoderamento dei testi fosse stato compiuto da un' apposita commissione, che dirò più propriamente legislativa, incaricata pure di redigere via via le costituzioni che furono, come è noto, emanate durante la codificazione. Questa congettura, che

volissime, e saranno messe in evidenza nel capitolo speciale sulla materia.[1])

23. Un altro passo delle Instituzioni è così concepito:

I. III, 19, 17: [*Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.*]

Noto subito che i Compilatori si servirono largamente per la formazione del tit. III, 19 delle Inst. di passi dei Digesti, da cui estrassero varii brani, e cioè il § 19 dal fr. 38 § 17 D. 45. 1; il § 20 dal fr. 38 § 20 D. cod., il § 22 dal fr. 87 D. 45. 1 di Paolo.[2]) Il nostro § si palesa insiticio nella trattazione che in questo luogo si riferiva [§§ 13—16 alle nullità sostanziali delle stipulazioni; ed è constatato che i passi sono tutti profondamente alterati. La fonte del § in esame non si può rintracciare[3]); gli editori vi annotano per confronto Paolo S. V, 7, 2, ed è vero che tra i due testi v'è relazione intima[4]), come si vedrà più oltre. Per ora dico che il contenuto del passo non può derivare da una fonte classica, per tutti quegli stessi motivi che sono stati svolti nello esame dei testi dianzi riportati. Come nel fr. 7 § 12 D. 2. 14 di Ulpiano, qui non si richiede la praesentia delle parti, ma nemmeno che l'istrumento contenga la clausola stipulatoria; onde esso afferma in modo generale che la confessione di debito fatta per iscritto vale come stipulatio. Se il concetto dei Compilatori era veramente così largo in ordine alla nuova forma della stip., si potrà giudicare in seguito, dopo l'esame di tutta l'opera, dacchè, come si vede, le singole testimonianze sono ambigue ed

---

io espressi già nelle Lezioni d'Ist. del 1906 p. 296, 311, poggia su molte osservazioni ben determinate; ma riconosco che per la sua piena dimostrazione occorre una più larga e profonda conoscenza dell' opera di Giustiniano, che siamo ancora ben lontani dal possedere. Della codificazione giustinianea non si potrà valutare nè il merito, nè il metodo di esecuzione, se prima non si indaghi e approfondisca il diritto e la struttura del Codice.

[1]) Cfr. per ora c. 15 Cod. V, 37 e ZSS. v. 33 p. 300.

[2]) Ferrini BIDR. 13 p. 177. [3]) Ferrini l. c.

[4]) Cuiacio indica il passo delle Inst. come estratto da Paolo; cfr. v. V p. 2207.

oscillanti. Ed infatti se passiamo a considerare un altro fr. dei Digesti, vi ritroveremo di nuovo richiesto il requisito della praesentia.

Così nel

fr. 134 § 2 D. 45. 1 Paulus XV Resp. Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestiturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, [*intellegendum*] etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.	si res inter praesentes acta [non] est, et Septicii promissioni a parte Lucii Titii [non] praecesserunt verba stipulationis [ex his litteris neque sortem neque usuras deberi].

La ricostruzione del testo è fatta in base al fr. 61 pr. D. 44. 7 di Scevola, dove il responso è così concepito: respondit Seium, si alioquin obligatus non esset, non propter quod ea scriptura quae proponeretur interposita sit, obligatum esse. Quello di Paolo era, come di solito, analitico e particolarmente determinato. E l'alterazione di esso si dimostra pure osservando che il parere concreto alla proposta domanda non c'è. Non si rileva se Septicio interveniva come fideiussore o come mutuatario; perchè il testo giustinianeo non risponde direttamente alla domanda se la pecunia depositata e le usure fossero dovute da Setticio, ma come se si trattasse di una disputatio di scuola dice soltanto che se la scrittura fu fatta inter praesentes vale come stipulatio. Un siffatto responso che obbliga la parte interessata a desumere il parere da affermazioni teoriche è affatto inusitato, appunto per l'indole e la destinazione dei medesimi. E qui ritornano le litterae inter praesentes, di cui ora l'origine ci è nota. Ma inoltre è rimarchevole che la struttura dell' ultimo periodo è perfettamente uguale a quella della c. 1 Cod. 8. 37, dove si parla pure di epistula. Il confronto è utile renderlo visibile:

c. 1 Cod. 8. 37 . . . si res inter praesentes gesta est, *credendum est*, praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam.

fr. 134 § 2 . . . si inter praesentes actum est, *intellegendum* etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.

È escluso in modo assoluto che Paolo abbia conosciuto la costruzione della praesumptio iuris stabilita da Giustiniano nell' a. 531, accordando alla scrittura inter praesentes assoluta credibilità — *credendum est* —; e perciò è necessario concludere che i Commissarî dei Digesti si servirono pure di quella medesima c. 14 Cod. 8. 37 per adattare i responsi dei giuristi al nuovo diritto. La coincidenza del risultato delle due manipolazioni deriva sicuramente dal fatto che i due responsi originali combaciavano non solo nelle decisioni, ma anche nella struttura esteriore. Un esempio insigne questo, da cui si deve trarre monito a non sbarazzassi dei testi interpolati con tagli facili e rotondi.

25. Ed in ultimo ci troviamo di fronte al famoso passo di Paolo Visigoto, da cui tutta la storia della degenerazione della stipulatio nel periodo ultimo della giurisprudenza classica apparisce autenticamente raffermata. In verità noi non abbiamo più oggi una fede ortodossa in questa fonte; ma ciò non diminuisce l'importanza della nuova attestazione, la quale piuttosto allarga il problema dell' origine della trasformazione della stip. e lo pone d'un tratto su altre basi.

Cominciamo da riferire il testo nella sua interezza:

Paul. S. V, 7, 2 Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem [*perinde habetur atque*] si interrogatione praecedente [*responsum sit*].

Quod si quis scripserit instrumento se promisisse si res inter praesentes gesta non est et interrogationem praecedentem vox spondentis secuta non est [ex sola scriptura obligatus non videtur].

Un primo difetto del testo Visigoto salta subito agli occhi, e consiste nella omissione di un elemento essenziale nella seconda parte; cioè che la scrittura deve esser fatta inter praesentes. Anche per questo rispetto il passo coincide con quello delle Ist. III, 19. 17 dianzi esaminato; se non che l'omissione è impressionante in questo luogo, perchè nel periodo che precede Paolo dice che la verborum obligatio non etiam inter absentes contrahitur. Onde era necessario nel dedurre dalla massima enunciata la tesi, riaffermare la necessità di quella condizione. Io desumo dalla mancanza di un siffatto presupposto, così essenziale, che Paolo, come Ulpiano in D. II, 14. 7. 12, doveva semplicemente negare l'efficacia della scrittura per sè stessa, ove non fosse effettiva testimonianza della eseguita solennità orale. Il 'quod si' aveva perciò nel testo una funzione esplicativa, della proposizione che precede immediatamente. Con questo intendimento ho ricostruito il passo, avvalendomi dei modelli classici che ora conosciamo, per lo meno rispetto alla sostanza. Il periodo Visigoto è pessimo dal lato della forma: *scriptum fuerit . . . promisisse aliquem . . . responsum sit*, per lo altenarsi della costruzione impersonale con quella personale, che intorbida anche il concetto. E peraltro non occorre insistere sull' affermata alterazione del testo, che deve considerarsi direttamente dimostrata con l'analisi dei passi dei giureconsulti eseguita nel II capitolo.[1]) In quel luogo Paolo ci apparve il giureconsulto teorico che più esplicitamente e con grande efficacia ritrae la stipulatio nella forma di una solennità orale, da cui dipende non solo tutta la forza ma pure la validità dell' atto. Alcuni testi di quelli riferiti appartengono precisamente alle S. [II, 3. 1; V, 7.1], uno anzi trovasi collocato giusto al principio del titolo medesimo che contiene la testimonianza in esame. Il passo poi più categorico nella rappresentazione della natura e della forma della stip., in contrapposto alla scrittura, è appunto il fr. 38 D.44. 7 di Paolo di cui dirò più oltre. Il testo tramandatoci dai Visigoti, dunque, non può derivare dalla penna di Paolo. Questo è sicuro.

[1]) p. 259.

26. Ma accertato questo punto, bisogna affrontare il problema, ora reso più arduo, intorno all' origine del principio che agguaglia la scrittura di debito alla stip. romana. Il testo visigoto dimostra che tale principio fu introdotto almeno nella pratica prima di Giustiniano, il quale perciò non avrebbe fatto altro in questo punto che raccogliere e fermare, e la manierà qui è di secondaria importanza, una tradizione giuridica già matura.

Rigettata pertanto la dottrina tradizionale, che ammetteva la degenerazione della stip. compiutasi già nel periodo classico, dobbiamo indagare donde essa mai proviene.

E qui, come dicevo, incontriamo il problema più generale intorno alla possibilità d'interpolazioni sostanziali inserite nei testi classici ed all' origine delle medesime. Le opinioni in proposito sono varie, come è noto, perchè le esperienze fatte sono scarse, e delle interpolazioni accertate poi, che si rinvengono del resto in tutte le fonti antegiustinianee, non si è data finora una spiegazione nè generale nè apprezzabile. Il Lenel[1]) ha sostenuto di recente che tali interpolazioni non è a credere fossero molto frequenti, e che in esse si debbano riscontrare determinati caratteri e presupposti dei quali ha promesso di trattare prossimamente. Ma il Lenel nega, giusto, che si sia dimostrata finora l'origine pregiustinianea di un' interpolazione riprodotta nei Digesti, e l'affermazione è sicura. Il Mitteis[2]) è più largo nell' ammettere la possibilità di innoviazioni apportate ai testi classici, che suppone derivate comunque dalla tradizione di scuola.

Il problema è così impostato perfettamente da questi maestri della nostra scienza; ed è noto che fu messo in campo dall'eccellente per quanto ardita dissertazione del Peters[3]), il quale concluse, come già aveva concluso Hofmann, con l'anticipare, di fatto, la formazione del Digesto, che reputa un prodotto della dottrina e della pratica giuridica bizantina del periodo pregiustinianeo.

---

[1]) ZSS. 34 p. 378. [2]) ZSS. 34 p. 413.

[3]) Bericht d. K. Sächs. Gesellsch. d. Wiss., Phil.-hist. Kl. v. 65 n. 1.

Come si vede, il dibattito su questo argomento, che finora si è svolto precipuamente in astratto, per via d'ipotesi, si trova ora, in questo luogo, ricondotto al concreto, rimpetto ad una dottrina formatasi avanti Giustiniano, e che se non la prima è di sicuro la più cospicua tra quelle che esercitarono un grande influsso sulla Compilazione giustinianea. E noi avremo occasione di constatare subito che interpolazioni o glosse concernenti la nuova funzione e la importanza della scrittura nel campo del diritto se ne riscontrano in realtà nelle opere pregiustinianee, onde in questo luogo io devo necessariamente prender posizione nella disputa di recente suscitata, e ricercare l'origine della nuova dottrina che è argomento di questo studio.

Il progresso del diritto nel senso più lato, che comprenda svolgimento degli istituti e modificazioni delle norme esistenti, può essere determinato in generale dalle sequenti cause:

1. dalla dottrina, e particolarmente dall' attività della scuola.
2. dalla pratica giudiziaria, e quindi da tutti gli organi che prendono parte comunque all' applicazione del diritto.
3. dalla legislazione.
4. dalla consuetudine.

Tutte queste fonti sono inaridite nell' Occidente, dove, essiccatasi nel periodo bizantino la limpida e rigogliosa vena, non c'è alito di vita. Il movimento del diritto, di cui gli effetti si manifestano così imponenti nella codificazione del VI° secolo, bisogna perciò osservarlo nella parte orientale dell' Impero. E qui certamente le scuole di diritto mostrano una certa attività, la quale tuttavia non si deve imaginare nè originale nè particolarmente feconda, a giudicare dalle tracce sparutissime e quasi insignificanti che appariscono nella letteratura giuridica del IV e V secolo. Ed invero i fr. Sinaitici mostrano che tutta l'operosità scientifica in quel periodo fu rivolta a trarre dalle opere dei giureconsulti romani più recenti gl' insegnamenti più notevoli, che erano studiati con somma diligenza me-

diante confronti e versioni, e ridotti pure in massime brevi e precise. Così è che la tradizione scolastica bizantina non ha segnato alcuna orma, e che nei Basilici, che costituiscono pure la fonte di cognizione più cospicua di tutto quel periodo, è difficile rinvenire un esempio di una dottrina[1]) di nuova formazione, organica e compiuta che sia meritevole di attenzione. Tutti gli 'eroi e i maestri dell' universo' per quanto possiamo vedere, si aggirano attorno ai libri dei giuristi romani, e nulla vedono e percepiscono al di fuori di essi. La conoscenza, perciò, piuttosto larga, e che si manifesta come fu detto anche organica, delle opere classiche dell' ultimo periodo costituisce il patrimonio più apprezzabile che la tradizione scolastica bizantina trasmise ai contemporanei di Giustiniano. E questo riguarda appunto il periodo aureo della scuola di diritto in Oriente, il periodo degli *ἥρωες* beritesi. Dopo, la decadenza della cultura giuridica è completa; si desume non tanto dalle notizie fornite in proposito da Giustiniano[2]), ma più direttamente dal carattere sempre più scadente della legislazione nel periodo anteriore a Giustiniano.[3])

E dimeno poteva offrire la legislazione per sè stessa; la quale, come la forma più alta dell' elaborazione del diritto, non si può mai mostrare veramente efficace e fe-

---

[1]) E invalso l'uso ora, specialmente in Italia, di parlare di dottrine postclassiche in lungo ed in largo, ma non ne abbiamo visto finora addurre alcuna prova. [2]) Cfr. c. Tanta §§ 12—17.

[3]) In siffatte condizioni la tesi del Peters si palesa priva di qualsiasi fondamento. Peters attribuisce appunto al periodo immediatamente anteriore a Guistiniano la formazione di una crestomazia a scopo prevalentemente scolastico, che avrebbe facilitato l'opera del legislatore del sec. VI°. Ma, a parte quel che si è detto, va notato che la codificazione di Giustiniano ci si rivela meglio ogni giorno come quella che produsse, almeno dal lato formale, un vero cataclisma nell' ordine giuridico; onde a supporre anche solo alcuni punti essenziali del nuovo diritto formulati e fissati dalla dottrina anteriore, le tracce dei medesimi si dovrebbero riscontrare dapertutto. Nè con ciò si vuol dire che le innovazioni di Giustiniano siano tutte o prevalentemente originali e inventate nel periodo legislativo, perchè, come si vedrà rispetto all' argomento in esame, i Commissarii di regola si limitarono ad adattare le opere dei giuristi e le c. imperiali alle consuetudini ed agli usi vigenti nelle provincie orientali dell' Impero.

conda senza una preparazione scientifica. E la legislazione bizantina rispecchia lo stato della cultura giuridica, è disordinata e turbinosa; spinta unicamente dalla forza prepotente che su di essa esercitavano i bisogni della pratica ed uno stato del diritto veramente anormale, nulla sa risolvere, fa e disfa ogni giorno di nuovo i punti medesimi, a secondo i suggerimenti e le pressioni di casi ed interessi singoli. Le difficoltà che si sperimentarono nella prima metà del sec. V° nella formazione del Codice Teodosiano attestano nella maniera più significativa lo stato miserevole delle idee generali e direttive nel campo della legislazione.[1])

La pratica giudiziaria in siffatte condizioni non poteva essere nè meglio illuminata nè feconda; perchè nella realtà essa è dell' organo legislativo il grande propulsore ed insieme la guida più sicura.

Non resta, dunque, come fonte viva per lo svolgimento del diritto che la consuetudine, la quale si deve intendere in un senso tutto particolare, come era già affatto singolare lo stato del diritto in quella parte orientale dell' Impero, retta da un diritto ufficiale imposto in blocco, straniero nella lingua e nelle forme, che mai giunse a soppiantare le consuetudini locali; le quali poi per certi rispetti erano sicuramente più agili e progredite delle correlative norme del diritto romano. Onde se si dice, che la consuetudine nel periodo bizantino emerge come fonte più attiva del diritto, ciò si deve intendere nel senso, che istituti e forme dei diritti nativi riaffioravano nella vita giuridica riconosciuti via via imperfettamente e disordinatamente dalla pratica giudiziaria e della legislazione. Ed è noto, infatti che da Costantino in poi il movimento del diritto appare con un indirizzo nuovo[2]); determinato dal fatto, che diminuita la pressione del diritto ufficiale nelle provincie della parte di Oriente la forza sempre viva delle consuetudini particolari prorompe con grande vigore. La legislazione si sforza di contenerla come meglio può e sa. Un esempio offre in proposito la famosa c. 2 Cod.

[1]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 204 n. 4; esempi singoli in Riccobono, Mél. Girard II p. 457 segg.

[2]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 204, 548 segg.



quae sit longa consuetudo. VIII, 52 [a. 319] di Costantino[1]); e altri atti imperiali concernenti il valore e l'autorità dei rescritti[2]) fanno intravedere che ormai i termini del conflitto tra il diritto imperiale romano e le consuetudini locali sono mutati, ridotto il primo nelle condizioni di estrema difesa. Tra le manifestazioni più esteriori di questo nuovo stato di cose possono indicarsi: l'ammissione della lingua greca per gli atti iuris civilis, che era stata esclusa fino a questo momento[3]); ed in secondo luogo la separazione deffinitiva della sorte della legislazione nell' una e l'altra parte dell' Impero.[4]) Ma per osservare il movimento del diritto in questo periodo, e come esso sia tutto indirizzato in senso perfettamente contrario al diritto romano imperiale, la materia che abbiamo in esame offre certamente l'esempio più cospicuo e significativo. E ciò si comprende benissimo; perchè le forme degli atti costituiscono appunto la parte più appariscente ed essenziale nell' attuazione del diritto, e tale materia da lungo tempo era ridotta in una condizione intollerabile. Ora, invece, la scrittura viene riconosciuta in casi singoli come solennità in luogo della mancipatio[5]); è designata come un mezzo di prova privilegiato ed a volte esclusivo[6]); e, sovratutto, la scrittura riappare come costitutiva dell' obbligazione astratta, vale a dire nella funzione di contratto letterale.[7]) E tal movimento del diritto è così largo e vigoroso che si propaga pure nella parte occidentale. Certo esso si mostra tutto visibile nella codificazione visigota[8]), e lascia tracce

---

[1]) Cfr. specialmente Mitteis, Reichsr. p. 163, 204.

[2]) Cfr. c. 2 Th. 1, 2 [Constantinus] Contra ius rescripta non valent, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt magis sequi iudices debent. Vedi inoltre c. 3 eod. [a. 316] c. 11 eod. [a. 398]. [3]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 185 segg., 204.

[4]) c. 1 Th. 1—5 [a. 429] di Teodosio II.

[5]) Cfr. Riccobono, Mél. Girard II p. 457; ZSS. v. 34 p. 171.

[6]) Cfr. 4 Cod. Th. XI, 39 [a. 346]; c. 5 eod. [a. 362]; c. 6 eod. [a. 369]; c. 5 Th. IV, 4 [a. 416]; Basil. XXI, 1, 25, e Riccobono, ZSS. 34 p. 245.

[7]) Cfr. c. 3 Th. II, 4 [a. 371]; c. 6 Th. II, 4 [a. 406]; le quali saranno esaminate in seguito.

[8]) Cfr. Paul. S. v. 15, 4; II, 17, 13, e Riccobono, ZSS. 34 p. 245, 246

dapertutto. Qui interessano particolarmente due testimonianze che si rinvengono fuori le raccolte legislative; cioè una glossa al testo di Gaio e la versione greca d'un passo pertinente ad un giureconsulto romano del secolo secondo.

La glossa è così concepita; Gai III, 138: *Sed absenti expensum fieri potest, etsi verborum obligatio cum absente contrahi non possit.* Non si nega che la formulazione di questa norma sia inettissima; ma essa tuttavia non è priva d'interesse; perchè si deve riferire sicuramente all' efficacia dispositiva della *ἀποχή* come era riconosciuta nelle consuetudini delle provincie orientali, malgrado il principio contrario del diritto romano.[1])

L'altro testo è contenuto nel fr. dello Ps. Dositeo 5. Il passo latino concerne la condizione giuridica dei servi che si trovano in libertate voluntate domini, e di cui la redazione originale doveva corrispondere a quella che rendono ora gli edd. delle fonti pregiustinianee, e cioè: omnia tamen quasi servus adquirebat manumissori, velut si quid stipulabatur vel mancipio accipiebat. La versione greca dice: *πάντα μέντοι καθῶς δοῦλος προσεπόριζεν ἐλευθερωκότι ἤ εἴτι ἐπερώτατο ἤ κατὰ γραφὴν εἰλήφει*[2]); dove si osserva, che il modo di acquisto '*per scripturam*' ha preso il posto della mancipatio del testo latino; e la scrittura rappresenta, forse, nell' intendimento del traduttore, una forma parallela alla stipulatio per stringere qualsiasi rapporto obbligatorio; in quest' ultimo senso infatti fu inteso il passo da Cuiacio e dalla maggioranza degli interpreti nel sec. XVI.[3])

Onde, ritornando al nostro soggetto, possiamo dire che la spiegazione dell' origine della nuova dottrina concernente la stipulatio sia in verità meno astrusa di quanto sembrava a primo aspetto. La scrittura, da Costantino

---

[1]) Cfr. Frese, Zur Lehre von der Quittung, ZSS. v. 18 p. 241 e segg. Le osservazioni in contrario del Rabel, ZSS. v. 28 p. 334, 340 potranno essere smaltite nel seguito di questo lavoro.

[2]) Corpus glossariorum Latinorum [Goetz] III, p. 103.

[3]) Cfr. Schulting, Iurisprud. ad Gaium II, 9, 12, p. 163, cfr. p. 805 dove scriptura s' interpreta = mensae scriptura; Salmasio, invece, de usuris p. 136, intende ogni scrittura obbligatoria.



in poi, aveva ripreso grado a grado nella parte orientale dell' Impero la sua funzione nella vita del diritto. La stip. si redigeva per iscritto; e tutti gli effetti giuridici della medesima si riconducevano naturalmente al documento. L'Imp. Leone nell' a. 472, abolendo la solennità orale della stip., tolse in realtà l'impedimento più grave all' effettivo riconoscimento della pratica provinciale. È ovvio, infatti, che la stip. si ridusse da quel momento ad una semplice convenzione tra presenti, di cui l'elemento più emergente e visibile rimaneva la scrittura. Dei requisiti della stip. romana restave ancora in vita solo la praesentia delle parti. Ma questa era assai di frequente omessa, e perciò come ne informa Giustiniano nella c. 14 Cod. VIII, 37, solo questo punto dava luogo a contestazioni e litigi. Qui abbiamo, dunque, la prova, fornita dalla stessa legislazione, che tutta l'efficacia della stip. si riconduceva al documento redatto inter praesentes, nella pratica del principio del secolo sesto; e secondo le consuetudini locali, ancora più avanzate, al documento comunque formato. E così abbiamo rintracciata l'origine delle due dottrine che riscontrammo nei passi finora esaminati, dei quali alcuni esigono per la validità della stip. la redazione scritta eseguita inter praesentes; altri conferiscono pieno valore alla semplice scrittura, senzae richiedere alcuna condizione. L'una e l'altra sono un prodotto della pratica bizantina specialmente del secolo V°, che dopo la legge di Leone del 472 potè svolgersi liberamente, vale a dire potè la consuetudine locale mostrarsi all' aperto, liberata dalla lunga oppressione in cui er stata tenuta dal diritto romano.

Nè può sorprendere che accanto ad una forma omai legale, la scrittura inter praesentes, si manifesti quell' altra più avanzata e contro legge, che tribuiva la stessa efficacia della stipulatio al documento per sè stesso, anche redatto in assenza dello stipulante; perchè, come sappiamo, siffatta concezione nelle provincie orientali era salda, e, combattuta già da Diocleziano[1]), segna ormai la via alla legislazione, la quale le tien dietro stentatamente.

[1]) c. 3 Cod. VIII, 38 [Dioclet. et Max.]. Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita cet. [a. 290].

E dell' esistenza del contrasto, in questa nuova forma, in cui le consuetudini locali si manifestano vigorose e irriducibili, abbiamo la più esplicità conferma da Giustiniano, il quale effettivamente accolse la concezione consuetudinaria della stip., cioè quella più larga, che abbiamo descritto or ora, e che conferiva alla scrittura il valore della stipulatio. Infatti, ognuno deve riconoscere che Giustiniano, esigendo non più la presenza immediata delle parti, ma solo la presenza nella stessa città in quel giorno, o meglio in un' ora qualsiasi del giorno, in cui la stipulazione si dice eseguita, pervenne in deffinitivo ad una soluzione che in realtà è un compromesso tra le due concezioni diverse: cioè la concezione che agguagliava la stipulatio al contratto letterale dei diritti nativi, e la romana che esigeva la forma solenne, o perlomeno, dopo la legge di Leone del 472, la scrittura inter praesentes. Giustiniano, nel fonderle insieme, diede assoluta pevalenza alla prima, vale a dire alla concezione nativa che riconosceva nella scrittura per sè stessa l'elemento essenziale, la causa dell' obbligazione.

Onde il passo di Paolo visigoto, da cui questa indagine prese le mosse, ne appare ora intelligibile nella sua origine e nella portata. In esso ritroviamo la dottrina più avanzata rispetto alla forma della stip., che si effettua semplicemente per mezzo d'un documento:

> Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem perinde habetur atque si interrogatione praedente responsum sit.

Se altri vorrà intendere anche questa massima nel senso che la scrittura per valere come stip. debba esser redatta inter praesentes, la spiegazione qui esposta non si altera, si rende anzi più semplice. Il passo sarebbe allora perfettamente concordante con la notizia che fornisce Giustiniano nella c. 14 Cod. VIII, 37: *et si . . . inter praesentes celebratam esse rem fuerat scriptum, et hoc iterum dubitabatur debere ostendi partes esse praesentes.* Questo è fuori dubbio, dunque, che prima di Giustiniano la scrittura fatta tra presenti voleva legittimanente come stipulatio.

Tuttavia ad allontanarmi da questa interpretazione rispetto al passo visigoto, due motivi precipui m'inducono; in primo luogo il largo riconoscimento nella Compilazione giustinianea della scrittura, per sè stessa, come causa d'obbligazioni; ed in secondo luogo l'interpretatio visigota medesima, che si palesa formata come il testo legislativo di due strati diversi, come segue: Verborum obligatio ideo inter praesentes constare videtur, quia necesse est, ut is qui aliquid redditurum se promittit, ad creditoris interrogata respondeat.

Sed si scribat aliquis, se quamquam summam redditurum, ita habetur quasi ad interrogata responderit.

La prima parte dell' interpretatio è tratta da buone fonti classiche. La presenza vi è dichiarata esattamente come un presupposto della solennità orale, per la necessità che il debitore risponda 'ad interrogata'.[1]) La seconda parte, invece, aggiunta con l'avversativa '*sed*', descrive, in contrapposto, la stip. per scrittura, per la quale la presenza delle parti non è indicata e nemmeno presupposta. Questa interpretazione del testo è semplice, ed ammessa da tutti.[2])

27. E pertanto si può oramai chiudere questo capitolo e riassumere il risultato dell' indagine compiuta mediante l'esame di tutti i passi che, dentro e fuori il Corpus iuris, attestano la degenerazione della stipulatio romana.

Ed in primo luogo bisogna riaffermare quella gran parte di verità che la dottrina tradizionale contiene, attribuendo la efficacia della stip., come si presenta nel Corpus iuris, alla parola parlata e non alla scrittura. Ciò è vero; ma è effetto di mero artifizio, usato da Giustiniano, e già dalla pratica bizantina, senza che abbia peraltro realtà alcuna. L'artifizio ha assunto tuttavia colore di verità per la viva luce che la pura dottrina romana riflette ancora nel Corpus iuris, per via di un gran numero di passi genuini dei giureconsulti nei quali la stip. è rappresentata

[1]) Cfr. per questa frase i testi classici citati a p. 258.

[2]) Cfr. Gneist, Formelle Vertr. p..263.



quale era nella realtà nel diritto dell' Impero sino alla legge di Leone, onde la forma di essa ne appare, almeno alla superficie, sempre e tutta viva, come era ritratta da Gaio nella sua esposizione. Effettivamente, però, l'interpretazione più illuminata e più vera del diritto giustinianeo esige che si valutino particolarmente le riforme introdotte nel Corpus iuris mediante leggi apposite e interpolazioni dei testi antichi, le quali in complesso rivelano nel nuovo diritto la confluenza di due correnti in ordine all' obbligazione formale, e per certi aspetti riguardo alla forma della stipulatio.

a) La prima, che appare largamente nel diritto del Codice, ma pure nei Digesti in varie applicazioni, riconosce la scrittura come causa dell' obbligazione, la quale è quindi considerata idonea a rivestire di efficacia giuridica qualsiasi convenzione, ed effettuare la novazione di un rapporto obbligatorio preesistente. Questo punto fu messo in perfetta luce dalla Glossa. Il chirografo, l'istrumento, la scrittura figurano in molti testi con lo stesso valore della stipulatio; a volte, come noi oggi possiamo constatare, quei termini furono collocati al posto della stipulatio, con tutti gli effetti giuridici della medesima. Onde qui abbiamo indubbiamente il riconoscimento, nella sua forma più genuina, del contratto letterale dei diritti greci, mai scomparso dalla coscienza e dalle consuetudini di quelle popolazioni delle provincie orientali. E si comprende, perciò, con agevolezza come siffatta consuetudine nativa, non compressa nè ostacolata più da nessun principio essenziale, doveva nell' opera giustinianea, anche tacitamente, avere la più larga e spontanea applicazione. Certo è che tra i passi finora esaminati, cinque di essi su sette[1]) rappresentano il documento, per se stesso, come stipulatio, senza che si richieda, in particolare, la redazione ne sia fatta in presenza dei contraenti.

La funzione della scrittura in questo senso si manifesterà in grande rilievo nel seguito di questo lavoro, con

[1]) E cioè i seguenti: Paul. S. V, 7, 2; fr. 7 § 12 D. II, 14; fr. 30 D. 45, 1; Inst. III, 19, 17; Inst. III, 20, 8. La praesentia si esige, invece, nella c. 1 Cod. VIII, 37 e nel fr. 134 § 2 D. 45. 1.



l'esame di un gran numero di passi dei Digesti e di costituzioni del Codice, dei quali gl' interpreti, che accostarono il Corpus iuris con maggior sapienza, fecero sin dal sec. XVI mal governo.

b) L'altra corrente è più esigua, ed è quella giustinianea. Il legislatore, come sappiamo, opera con la figura della stipulatio romana, adibita peraltro come lustra e finzione per conferire parimenti alla scrittura il valore della stip., mediante una presunzione assoluta dell' accordo eseguito dai contraenti di persona. Teofilo parla in questo luogo espressamente di una presunzione di diritto.[1]) A tal fine Giustiniano dovette esigere ancora uno dei requisiti della stip. romana, cioè la praesentia delle parti; che seppe, poi, rendere illusorio, richiedendo soltanto la loro presenza nella stessa città nel giorno della redazione della scrittura, evidentemente per dar colore alla presunzione medesima.

Tra le due forme di scrittura ammesse da Giustiniano con l'efficacia della stipulatio la differenza è minima e senza alcuna realtà; essa consiste in ciò, che nel contratto letterale il documento può essere redatto dal solo debitore, in altro luogo, e può essere un' epistula; invece la carta-stipulatio dovrebbe avere il requisito or ora indicato, cioè la possibilità che le parti avessero potuto convenire in quel giorno nello stesso luogo. Gli effetti giuridici si agguagliano nell' uno e nell 'altro caso. E perciò è del tutto ozioso, anche dal punto di vista dell' ermeneutica legislativa, sottintendere, ogni volta, quella tale praesentia giustinianea nei passi del Corpus iuris che rappresentano la scrittura con carattere dispositivo e con gli effetti e con la terminologia proprii alla stipulatio. Un requisito che non ha funzione alcuna da compiere è perfettamente inutile, come un organo qualsiasi atrofizzato.

28. La riforma di Giustiniano, pertanto, che concerne la stipulatio è una delle più imponenti tra quelle che si riscontrano nel Corpus iuris; ma in essa non si mostra alcuna invenzione da parte del legislatore[2]), il quale piuttosto

[1]) Theoph. Paraphr. III, 19, 16; III, 20, 8.

[2]) Giustiniano merita tuttavia ogni elogio, per aver risoluto un problema che ai suoi predecessori dovette sembrare insolubile come quello

riprodusse fedelmente le dottrine consuetudinarie provinciali in ordine all' efficacia della scrittura ed alla forma degenerata della stipulatio romana.

---

della quadratura del circolo, mantenendo cioè la struttura della stip. romana, e nello stesso tempo accogliendo nella codificazione il diritto consuetudinario locale, che alla scrittura tribuiva ogni vigore. E peraltro Giustiniano ne mena vanto, come egli usa, e mostra pure a proposito della stip. tutto il dispregio per le forme romane. Infatti nella c. 4 Cod. II, 55 [56] così si esprime nella chiusa: qualis enim differentia est, si huiusmodi verbis etiam ὁμολογῶ adiciatur vel huiusmodi vocabulum omittatur? Si enim verba consueta stipulationum et subtilis, immo magis supervacua observatio ab aula [l. aboleri] concessa est, nos qui nuper legibus a nobis scriptis multa vitia stipulationum multasque ambages scrupulososque circuitus correximus, cur non et in huiusmodi scriptura totam formidinem veteris iuris amputamus, ut, si quis haec scripserit vel unum ex his, adquiescere eis compellatur et ea ad effectum omnimodo perducere? cum non est verisimile haec propter hoc scripsisse, ut tantum non contradicat, sed ut etiam ea impleat, adversus quae obviam ire non potest. Recitata septimo miliario in novo consistorio palatii Iustiniani D. III k. Nov. Decio vc. cons. Avanti tutto si noti che anche qui la stip. è presupposta con somma naturalezza come una semplice scrittura: *si quis haec scripserit . . . propter hoc scripsisse.* Ma inoltre io non esiterei a riferire quelle frasi disdegnose più particolarmente alla riforma della stip. esaminata in questo lavoro, malgrado che la c. porti la data del 529, ed invece quella che concerne la forma della stip. sia del 1 Nov. 531. Perciò ritengo che i revisori del Codice, nel 534, dovettero ravvivare e integrare quella precedente del 529, riferendosi in essa pure alle più profonde innovazioni circa la stipulatio stabilite posteriormente. Che Giustiniano interpoli sì stesso è noto. Altri esempii v. in ZSS. 34 p. 192. E peraltro le leggi emanate durante la formazione dei Digesti contenevano le più larghe innovazioni, onde era necessario ritoccare quasi tutti i punti, vuoi per la forma o per la sostanza, della legislazione precedente accolta nel primo Codice. Il motivo particolare, per ritenere in questo luogo della c. 4 citata un rifacimento del testo primitivo, è dato dalla notizia ben determinata che vi si riscontra di riforme radicali circa la struttura esteriore della stip. „*scrupulososque circuitus correximus*", contenute appunto „*nuper legibus a nobis scriptis*". Quali sono queste leggi recenti? Le c. 11 e 12 cod. VIII, 37 e 25 cod. VI, 23, riguardano piuttosto punti sostanziali di diritto, perciò „*vitia stipulationum*", ma non la forma dell' atto, che nel brano riferito è particolarmente presa di mira. Ne desumo, quindi, che il brano dovette essere rimaneggiato, con riferimento alle riforme complessive della stip., nella revisione del Codice. Se così è la legge 4 assume altro spicco nella Compilazione, come quella che contiene una dichiarazione espressa del legislatore circa l'abolizione completa della forma della stip. romana „*et subtilis, immo magis*

La dimostrazione più piena di quest' affermazione deve essere data nel capitolo che segue; perchè ora siamo in grado di affrontare l'altro problema non meno arduo intorno all' esistenza della litterarum obligatio nel Corpus iuris.

supervacua observatio cet" così si esprime Giustiniano, sempre, quando si trova di fronte alle forme solenni romane, per le quali mostra un grande orrore, anzi direi il furore sacro che l'inquisitore suole avere in materia religiosa. Raccogliere la maggior parte delle espressioni e delle invettive che egli adopera in siffatte occasioni mi è parso opportuno, non per mera curiosità storica, ma perchè, come è ovvio, esse servono a farci conoscere meglio una delle caratteristiche più salienti del mondo bizantino, illuminano l'ambiente in cui la codificazione fu eseguita, e rivelano particolarmente la mentalità degli artifici di essa. Vedi Appendice I.

VII.

'Lis contestata' e 'controversia mota'.

Von

Herrn Professor **Emilio Albertario**

in Camerino.

I. In due Note, aventi questo stesso titolo, pubblicate nei Rendicondi del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere[1]), io ho cercato di dimostrare che i Giustinianei richiamano al momento dell' *inizio* della lite effetti, che nel diritto classico scaturivano soltanto dalla *litis contestatio*, e in tanto scaturivano, in quanto essa generava tra le parti un *rapporto nuovo*.

L'alterata e scomposta struttura della *litis contestatio* nella nuova epoca giustinianea non annullò il prodursi di quegli effetti, come doveva avvenire al chiaro lume della logica giuridica classica, ma portò a una singolare conseguenza. Quegli effetti derivano nella nuova epoca non dalla *contestatio litis*, classicamente intesa, ma dalla *lite*: i testi non alterati serbano ancora le tracce della *contestatio*

[1]) Cfr. Rendiconti, 47, a. 1914, p. 505—513; 565—577.



litis; i testi interpolati parlano più precisamente di *inizio* della lite (*mota* controversia, *mota* lis, *mota* quaestio): la realtà è che — sia lasciando sopravvivere la vecchia terminologia sia adoperando la nuova — i Giustinianei fanno derivare arbitrariamente, con statuizioni *positive*, dalla *lite* effetti, che da un particolare *solenne momento* della lite, dalla *contestatio* litis, derivavano — e dovevano *logicamente* derivare — nell' epoca classica.

L'affermazione *giustinianea*, contenuta nella l. 1 C. 3, 39 (Impp. Sev. et Anton. a. 202) '*lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*', non induce tra l'*inizio* della lite e la *contestazione* della lite una differenza sostanziale, concettuale: trattasi di una differenza formale, artificiale soltanto, impotente a far derivare dal momento della contestazione della lite, così intesa, maggiori effetti di quelli derivanti dal momento del suo inizio.

Nella prima Nota ho cercato di dimostrare come i Giustinianei affermino la trasmissibilità passiva delle *azioni penali* 'si vivus *conventus* fuerat, *quasi lite contestata cum mortuo*'.[1])

Nella seconda Nota, ritoccando e dilatando una acuta indagine del Messina-Vitrano, ho cercato di ribadire come nel campo della *hereditatis petitio* il possessore dell' eredità per i Giustinianei 'incipit malae fidei esse' dopo l'*inizio* della lite: 'post *motam* controversiam', anzichè 'post litem *contestatam*'.

II. In questa Nota io mi propongo di considerare brevemente i testi, in cui è adoperata l'espressione '*controversiam movere*'. Due diversi indizi sembrano concorrere a farla ritenere sospetta.

Da una parte una fine, sottile, decisiva nota del Se-

[1]) Il fr. 33 D. 44. 7, che per l'appunto contiene la innovazione giustinianea, è stato — a dire del Wieding — 'eine der bestrittensten, die es in der Litteratur des römischen Rechtes gibt'. Cfr. infatti le svariate, ma anche tutte disperate, interpretazioni del testo, addotte da Heffter, Planck, Buchka, Wächter, Savigny, Vangerow, Windscheid, e raccolte da Wieding, Der iustinianeische Libellproceß, Wien 1865, p. 366 sgg.



gré[1]), concordante con indipendenti rilievi del Rotondi[2]), ha dimostrato che l'espressione '*actionem movere*' è bizantina. Questo risultato non potrebbe far dubitare anche dell' espressione '*controversiam movere*'?

D'altra parte, lo sfacelo della *litis contestatio* nel mondo orientale e nella compilazione giustinianea non potrebbe già di per sè far pensare che l'espressione '*controversia mota*' sia stata posta dai compilatori là dove i giuristi parlavano di '*lis contestata*'?

I due indizi — lo dico subito — hanno un ben diverso valore.

L'espressione '*controversiam movere*' non può esser ritenuta sospetta per il motivo che compilatoria è l'espressione '*actionem movere*'. I classici l'adoperano in senso generico, invece di '*controversiam facere*', '*controversiam inferre*', in testi che a me sembrano — almeno a questo riguardo — insospettabili.

Così nei seguenti: D. 1, 7, 25 pr.; 5, 4, 10; 13, 7, 43 pr.; 18, 5, 10, 1; 19, 2, 11, 3; 21, 2, 21, 2; 22, 3, 14 (a proposito di questo testo trovo segnalato soltanto un vago sospetto del Fabro); 34, 9, 9, 1; 36, 1, 80, 2; 37, 10, 4; 37, 10, 7, 7; 40, 12, 8 pr.; 40, 12, 24, 2; 40, 12, 39, 1; 42, 1, 15, 4; 42, 1, 15, 6; 44, 2, 30, 1.

L'espressione, adunque, '*controversiam movere*' e — soggiungo anche — le altre simili '*litem movere, quaestionem movere*' non possono assolutamente, per sè prese, essere considerate come indizio di interpolazione.

Ben più grave e veramente decisivo per scoprire l'alterazione dei testi, in cui si trova l'espressione '*controversiam movere*' e le altre simili, è invece il secondo indizio, ricavato dal completo sfacelo che il classico istituto della *litis contestatio* subì nella nuova epoca postclassica e giustinianea. Questo indizio ci può proprio permettere di affermare con certezza che quei testi, in cui dal momento della *controversia mota* si fanno scaturire effetti che, secondo i prin-

[1]) La denominazione di '*actio confessoria*' etc. in Mélanges Girard, 1912, p. 80 n. 5 (estr.).

[2]) *Dolus ex contractu e dolus ex delicto*, in Ann. dell' Univers. di Perugia, 1913, p. 24 n. 3 (estr.).

cipii procedurali romani, potevano soltanto derivare dal momento della *lis contestata*, sono stati alterati dai compilatori.

III. Dobbiamo ora considerarli, dettagliatamente.

Di essi, alcuni abbiamo già incontrati nelle Note precedenti e per questi non sono che da richiamare le osservazioni critiche già fatte: altri incontreremo per la prima volta, e la particolare indagine esegetica, che intorno ad essi faremo, rassoderà il valore dell' indizio, che già per se stesso nella presente ricerca è guida sicura.

D. 5, 3, 20, 12 (Ulp. l. 15° ad ed.): . . . sed imperator Severus epistula ad Celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus: atquin senatus de his est locutus qui se heredes existimant. [*nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam.*]

L'interpolazione di questo testo, segnalata anche dal Fabro[1]), io ho cercato di dimostrare con piuttosto minuta esegesi. Ecco già un testo, in cui i compilatori fan derivare la prestazione dei frutti o degli interessi dal momento della *controversia mota*, anzichè da quello della *lis contestata*.

Alla interpolazione di questo testo si riallacciano altre interpolazioni, già avvertite dal Messina-Vitrano e riaffermate da me. Ad essa si riallaccia sopratutto quella del fr. 25 § 7 D. 5, 3 (Ulp. l. 15° ad ed.):

> 'Si ante litem contestatam', inquit, 'fecerit': hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, [*quin immo post controversiam motam* . . .].

Abbiamo visto che l'aggiunta '*quin immo post controversiam motam* etc.' è indubbiamente interpolata. Il Messina-Vitrano lo dimostrò con critica molto precisa.

Per quanto riguarda la *hereditatis petitio*, il momento della *lis contestata* è stato sostituito da quello della *contro-*

---

[1]) Cfr. I Tribonianismi avvertiti da A. Fabro, in De Medio, BIDR.

versia mota anche nel fr. 20 § 11 D. 5, 3 e nel fr. 31 § 3 D. eod.

A mettere in rilievo l'importanza decisiva, che i Giustinianei riconnettono al momento dell' *inizio* della lite, giovano due interessantissimi testi di Papiniano.

D. 34, 9, 17 (l. 13° respons.): Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum [*ante motam scilicet controversiam*], si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

D. 34, 9, 18 (l. 15° resp.): Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, quos ante litem [*motam*] percepit, restituere cogendum respondi; quod bonae fidei possessor fuisse non videtur exemplo bonorum fisco vindicatorum. post [*motam de tacito fideicommisso controversiam*] ante (?) pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi . . . .

Nel primo dei due frammenti la frase '*ante motam scilicet controversiam*' appare insiticia già per il comodo frequente compilatorio uso del *scilicet*. La sua alterazione è, poi, dimostrata da una ragione sostanziale. Il giureconsulto distingue tra il caso in cui l'erede *scientemente* non vendicò il defunto e il caso in cui non provvide a vendicarlo *ignoratione facti*. Nel primo caso la sua mala fede è manifesta e, come il possessore di mala fede di una eredità, è tenuto alla prestazione dei frutti: *fructus omnes* — dice il giureconsulto — alludendo anche ai frutti che poteva e trascurò di percepire. Nel secondo caso l'erede è trattato, a proposito dei frutti, come il possessore di buona fede di una eredità:

> *Deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum . . . si ratio fructuum subducatur.*

Ora, quale è la condizione del possessore di buona fede di una eredità? L'indagine del Messina-Vitrano e le mie ulteriori osservazioni critiche la hanno ormai rischia-

rata completamente. Il possessore di buona fede di una eredità, come risulta da testi giuridici pervenutici fuori della compilazione giustinianea (C. greg. 3, 5, 1) e da testi riferiti in questa compilazione senza appositi adattamenti e ritocchi (C. iust. 3, 31, 1, 1) faceva nel diritto romano suoi i frutti percepiti prima della *litis contestatio* ed era tenuto a restituire soltanto quelli percepiti dopo questo decisivo momento.

La frase, pertanto, '*ante motam scilicet controversiam*' non può essere romana, perchè la buona fede nel diritto romano è distrutta dalla *contestatio litis*, non dalla *mota controversia*. La frase è giustinianea e si richiama a tutte le conformi alterazioni eseguite dai Giustinianei nel campo della *hereditatis petitio*, come anche in questa Nota io ho già avuto occasione di segnalare.

Le stesse considerazioni sono più che sufficienti per far ritenere che nel successivo fr. 18 di questo titolo il giureconsulto anzichè 'ante litem *motam*' scriveva 'ante litem *contestatam*'.

Nel fr. si dice che colui, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, è costretto a restituire anche i frutti, quos ante litem *motam* percepit, *quod bonae fidei possessor fuisse non videtur*.

La motivazione dimostra la interpolazione. Il possessore di buona fede di una eredità resta tale — secondo i classici principii romani — fino al momento della 'lis *contestata*'; non soltanto fino al momento della 'lis *mota*'. Resta possessore di buona fede soltanto fino al momento della lis *mota* nell' epoca giustinianea, come le già segnalate interpolazioni, eseguite nel campo della *hereditatis petitio*, dimostrano nel modo più chiaro.[1])

Tenendo presenti quelle interpolazioni, non è neppur necessario che io insista nel dimostrare l'origine giusti-

---

[1]) Non sfuggirà ad alcuno che il fr. 17 e il fr. 18 pr. D. 34, 9 sono, per un irresistibile argomento *a contrariis*, favorevoli alla mia tesi che anche il possessore di buona fede di una eredità faceva suoi nel diritto romano classico i frutti, così come suoi li faceva il possessore di buona fede di una cosa singola. Cfr. E. Albertario, La responsabilità del b. f. possessor fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti, in BIDR., 1914.



nianea della '*mota de tacito fideicommisso controversia*', che incontriamo nel periodo successivo di questo stesso frammento.

Un testo, conservante pure — a mio avviso — la chiara traccia di alterazioni giustinianee è il fr. 41 D. 35, 2 (Paul. l. 9° ad ed.):

> Dolo carere non videtur, si iam *mota* quis *controversia hereditatis* legata sine cautionibus det.

In questo testo si afferma doloso l'agire dell' erede che '*mota* controversia hereditatis' presta i legati sine cautionibus.

A mio avviso, l'affermazione non può essere classica. Il comportamento dell' erede non poteva nel diritto romano diventare doloso, cioè di mala fede, in un momento anteriore alla *contestatio* litis: semplicemente '*mota* controversia hereditatis'. L'alterazione di questo testo, insomma, appartiene al novero di quelle alterazioni già eseguite nel titolo *De hereditatis petitione* (D. 5, 3) e nel titolo *De his quae ut indignis auferuntur* (D. 34, 9).

Ma, oltre questa considerazione generale, già, secondo me, decisiva, a far ritenere l'alterazione del fr. citato giovano altri rilievi. La frase '*dolo carere*' è frase sospetta. Anche chi non è disposto ad approvare l'affermazione del Beseler[1]), il quale ritiene che i 36 frammenti del Digesto, in cui questa frase è adoperata, 'wohl sämtlich interpoliert sind'[2]), non può negare che, per quanto poco frequente nelle costituzioni giustinianee, e per quanto usata ad es. da Cicerone (il che non sfuggì allo stesso Beseler)[3]), essa sia parecchie volte certamente interpolata.[4])

E, se la frase '*dolo carere*' non è, per regola, un indizio decisivo della alterazione di un testo, qui nel fr. citato, dove l'alterazione è dimostrata — o, almeno, resa molto

---

[1]) Beiträge 1, 47.

[2]) Contro il Beseler v. infatti Berger, Krit. Vierteljahrsschrift 1912 p. 418. Della stessa opinione del Beseler è invece Schulz, Grünhuts Zeitschr. 1911, 38, p. 45 n. 103a. [3]) Beiträge 1, 47.

[4]) Così D. 9, 2, 27, 11: '*culpa careret*' manca nel passo parallelo inserito nella *Collatio*; 19, 2, 11, 3 (Eisele-Krüger); 44, 4, 4, 31 (Longo-Krüger).

verosimile — dalla considerazione generale già fatta, essa concorre ad aggravare il sospetto che il testo di Paolo sia un rimaneggiamento dei compilatori.

Ciò, tuttavia, che dimostra la interpolazione, è una osservazione assai più grave.

La condizione dell' erede, che presta i legati sine cautionibus, è discussa, per il caso di evizione dell' eredità, nel fr. 17 D. 5, 3 (Gai. l. 6° ad ed. prov.), che qui importa riferire:

> Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, [*licet*] damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi', [*attamen quia fieri potest, ut eo tempore solverit legata, quo adhuc nulla controversia mota sit, et ob id nullam interposuerit cautionem, placet in eo casu evicta hereditate dandam ei esse repetitionem.*]

Ma il Ferrini ha dimostrato all' evidenza[1]) che il testo gaiano doveva decidere il punto in tutt' altro modo, e cioè nel seguente:

> Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi'.

Il Ferrini, in altre parole, ha dimostrato che soltanto i compilatori giustinianei distinguono tra il caso in cui l'erede presti i legati quando '*adhuc nulla controversia mota sit*' e il caso in cui li presti '*mota controversia hereditatis*'. Gaio non si preoccupava affatto della circostanza se una controversia intorno all' eredità c'era o non c'era. Gaio in modo assoluto decideva:

> *damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi'.*

---

[1]) Note critiche ed esegetiche, in BIDR., 14, 1903.

Ora, non può esser dubbio che il riguardo alla '*controversia mota*', che troviamo nel fr. 41 D. 35, 2 di Paolo, può solo appartenere a quei compilatori, che già lo introdussero nel fr. 17 D. 5, 3, appartenente a Gaio.

Un testo interessantissimo, nel quale più volte i compilatori fanno scaturire dall' inizio della lite effetti, che non potevano da esso scaturire secondo i principii procedurali romani, è il fr. 4 D. 35, 3 (Paul. l. 75° ad ed.):

> Haec autem satisdatio locum habet, si iusta causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri [*nondum illata controversia*] litis, cum possint ei lusoriae minae fieri: ideoque eam rem praetor ad cognitionem suam revocat. § 1 Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod eiusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis. § 2 Haec cautio utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat vel rem tradat: si vero pecuniam hereditariam solvat vel rem tradat, quidam non putant cavendum, quia nec teneri potest eo nomine victus, cum non possideat vel dolo fecerit, quo minus possideat. [*hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpae nomine.*]

È un testo richiamantesi, come chiaramente si vede, al fr. 41 D. 35, 2 e al fr. 17 D. 5, 3, or ora veduti. Il richiamo è così limpido e preciso, che la dimostrazione della interpolazione, addotta pei due testi già considerati, può giovare anche per quello sottoposto ora al nostro esame.

Se non che, sopratutto in questo testo, l'alterazione giustinianea è, per indizi formali, evidente.

Il principio del fr. avverte:

> Haec autem satisdatio locum habet, si iusta causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri [*nondum illata controversia*] litis.

Il Mommsen sente la necessità di intercalare alcune parole. Il Mommsen, infatti, legge:

> nam iniquum erat omnimodo caveri nondum illata controversia *heredi et etiam mota controversia* litis, cum possint ei lusoriae minae fieri.

L'intercalazione è — non occorre insistervi — affatto arbitraria: troppo facilmente il grande editore fu portato a suggerire intercalazioni ed emendazioni!

Io mi limito a rilevare che l'espressione '*nondum illata controversia litis*' è, per la presenza del genitivo '*litis*', un' espressione inverosimile. Si può dire '*nondum illata controversia*' come si può dire '*nondum illata lite*', ma un' espressione così stranamente combinata 'nondum illata controversia litis' è — lo ripeto — inverosimile che possa derivare dalla penna di un giurista. Anzi, vado più in là e dico impossibile che questa espressione possa essere stata *scientemente* introdotta nel testo dai compilatori.

Come si spiega l'inverosimile espressione? In un modo, a mio avviso, semplicissimo.

Il testo classico diceva:

> nam iniquum erat omnimodo caveri *ante contestationem litis* . . . . .

I Giustinianei interpolarono:

> nam iniquum erat omnimodo caveri *nondum illata controversia* . . . . .

e, nell' interpolare, non cancellarono o male cancellarono la parola '*litis*', per modo che il copista scrisse la strana espressione '*nondum illata controversia litis*': espressione confusa per la fusione di due espressioni diverse!

Lampante è anche l'interpolazione eseguita nel § 2.

L'ultimo inciso di questo paragrafo '*hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpae nomine*' risulta così visibilmente una appiccicatura, che mi sembra di non dover insistere nel fare ulteriori considerazioni. L'interpolazione di questo inciso è — d'altronde — resa manifesta dall' interpolazione eseguita nel principio di questo stesso testo[1]) e — anche — dalle altre interpolazioni eseguite nel fr. 41 D. 35, 2 e nel fr. 17 D. 5, 3.

IV. V' ha un testo, in cui, anzichè l'espressione '*controversiam movere*', è adoperata l'espressione '*querellam mo-*

---

[1]) Il Mommsen è d'avviso che il § 2 sia tolto da un altro autore. La cosa è probabile: certo è che in esso i compilatori ripetono la interpolazione eseguita nel pr.

vere': anch' essa, a mio avviso, di origine compilatoria sicura. È il fr. 6 § 2 D. 5, 2 (Ulp. l. 14° ad ed.):

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. [*et si non si petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.*]

A me non par dubbio che il periodo '*et si non sit petita bonorum possessio* etc.' appartenga ai compilatori.

Tra il responso di Papiniano e l'opinione che i compilatori fanno figurar di Ulpiano esiste un contrasto nettissimo. Per il primo la *querella inofficiosi* trapassa soltanto all' erede di colui che *post adgnitam bonorum possessionem decesserit:* per il secondo trapassa perfino all' erede di chi muore *cum venit ad movendam inofficiosi querellam.*

Ora, è mai possibile che Ulpiano non si preoccupasse di staccare anche formalmente la propria singolare opinione da quella di Papiniano, che era tenuta ferma da parecchi rescritti e che certamente era dominante fra i giuristi? Perchè, in altre parole, Ulpiano si avvia a manifestare il proprio avviso con un semplice, incoloro, niente avversativo *et si*? E perchè, mentre prima Papiniano parla di '*adgnita* bonorum possessio', Ulpiano parlerebbe poi di '*petita* bonorum possessio'? E perchè è adoperato il *vel* in due diversi significati?[1]) E che bella frase latina è 'vel si *cum venit ad movendam* inofficiosi querellam decessit'?[2])

V. Ho, così, elencati o considerati tutti i testi delle Pandette, in cui si incontra l'espressione '*controversiam movere*': elencati quelli, in cui l'espressione non indica pre-

[1]) '. . . coepta controversia *vel* praeparata, *vel* si cum venit ad movendam inofficiosi querellam, decessit.' Il secondo *vel*, checchè ne pensi il Wieding (op. cit. p. 361), altro non fa che portare un pratico esempio di '*controversia coepta vel praeparata*'.

[2]) Il successivo fr. di Paolo dalle parole '*quid ergo*' sino alla fine è interpolato, come già vide il Fabro, il quale ritiene pure sospetto tutto quanto il fr.

cisamente *l'inizio* della lite, da cui scaturiscano determinati effetti procedurali, e nei quali — quindi — è verosimilmente classica: considerati quelli, in cui l'espressione indica proprio il *momento iniziale* della lite, dal quale la nuova legislazione fa dipendere effetti, che nel periodo classico della procedura romana era capace di produrre soltanto — necessario prodotto della sua struttura — la *litis contestatio*.

Sarebbe stato interessante completare l'indagine con lo studio dei testi, in cui, anzichè l'espressione '*controversiam* movere', si trovano le espressioni '*litem* movere' o '*quaestionem* movere' o, anche, '*accusationem* movere'.

L'indagine sarebbe stata più completa ed, anche, sarebbe riuscita più determinata e più precisa. Ma, pur troppo, il Vocabularium iurisprudentiae romanae non è giunto a tal punto da permettere di proseguire agevolmente questa interessante indagine e, sopratutto, gli altri miei studii in corso non mi permettono di *descriver fondo* all' istituto della *litis contestatio*, del quale la tarda evoluzione della procedura romana conserva una pallida ombra evanescente. Per questo, ho anche ristretto la mia indagine ai testi delle Pandette: non ho desiderato estenderla ai testi — fra i quali, molti luminosi — del Codice.

Ripeto che io in questa Nota e nelle precedenti, riferentisi a questo stesso punto, ho cercato di lumeggiare un cammino: non ho preteso di compierlo. Se altri lo vorrà compiere, o se io stesso avrò la fortuna di compierlo nell' avvenire, ho il fermo convincimento che verrà fatta una indagine delle più profittevoli e delle più sicure.

I testi, lasciati ora da parte, son molti, e tutti degni di una diligente ricerca. Su essi il nuovo organismo procedurale si riflette limpidamente.

Mi contento di un esempio.

Il fr. 20 D. 48, 2 (Mod. l. 2° de poen.) avverte:

> Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam lis contestata [*et condemnatio*] fuerit [*secuta*]: excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri

placuit, ut bona eorum fisco vindicentur, adeo ut Divus Severus et Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. [*Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.*]

È un testo, che dimostra splendidamente come la *litis contestatio* sia nel nuovo ordinamento della procedura postclassica un momento irrilevante: che dimostra splendidamente come i momenti rilevanti siano ora o quello della *condemnatio* o quello della *conventio*.[1])

L'intercalazione giustinianea delle parole '*et condemnatio secuta*' è dimostrata dalla menzione della 'lis contestata'. Dato che le 'poenae bonorum ademptionis' passano agli eredi se '*condemnatio* fuerit secuta', perchè mai ricordare la *litis contestatio*? Gli è che Modestino decideva non altrimenti passare quelle pene agli eredi *quam lis contestata fuerit*: i Giustinianei decidono il loro passaggio dopo il momento della *condemnatio* e, anzichè *sostituire* 'condemnatio' a 'lis contestata', *soggiungono* a questa la prima.

È tanto vero che '*et condemnatio secuta*' sono parole interpolate, che nel seguito del testo Modestino non accenna a 'mortuis reis *condemnatis*' ma semplicemente a 'mortuis reis, *cum quibus nihil actum est*'. Ciò vuol dire che Modestino nel principio del testo affermava il passaggio di quelle pene agli eredi dopo la *lis contestata* non dopo la *condemnatio secuta*!

L'origine compilatoria, poi, del periodo finale '*Et ceteris vero delictis* etc.', in cui si riconosce efficacia al momento dell' *accusatio mota* anzichè a quello della *condemnatio* (il momento tipico romano della *litis contestatio* è — si avverta bene — completamente perduto di vista), mi sembra

---

[1]) Ciò avvertì bene anche il Rotondi nel suo interessantissimo studio sulle 'Teorie postclassiche sull' a. legis aquiliae' (in Ann. dell' Univ. di Perugia, a. 1914 p. 28 [estr.]) scrivendo: 'Il momento della *litis contestatio*, che era decisivo per la litiscrescenza classica, perde ormai la sua importanza, la quale ora si posticipa al momento della *condemnatio* o addirittura della *solutio*, ora invece si anticipa al momento della *conventio*.

anch' essa sicura. Gli indizi sono addirittura rigurgitanti: notisi, ad es., l'indeterminatezza dell' espressione '*ex ceteris delictis*' [1]): l'incongruenza dell' *ita demum*, in quanto il passaggio della pena agli eredi in questi delitti semplicemente '*si vivo reo accusatio mota est*' aggrava la loro condizione assai più che se fosse richiesta, come nei delitti, ricordati prima, la *condemnatio* del reo; il *licet* costruito coll' indicativo (*licet non fuit*!).

VI. La conclusione è che nel mondo orientale, nella procedura dell' epoca giustinianea, la *litis contestatio* è ormai un nome: niente più che un nome. La *conventio* genera nella procedura della nuova epoca gli effetti di cui prima solamente la *litis contestatio* era capace: questa, per la sua stessa fondamentale struttura; quella — come già avvertii — per statuizione legislativa.

Μότα κοντροβερσία, ὑπόμνησις, προκάταρξις traducono solitamente '*mota controversia*' la prima; '*conventio*' la seconda; '*lis contestata*' la terza. Ma una differenza sostanziale tra le varie espressioni non c'è: ed esse si scambiano, a volte, tra loro in modo affatto indifferente. Così *προκάταρξις*, che traduce solitamente '*lis contestata*', traduce qualche volta '*mota controversia*'. Basta, per questo, confrontare i ffr. 17 e 18 D. 34, 9 e la loro versione greca, che i Basilici presentano.

D. 34, 9, 17:

Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum [*ante*

Heimb. 5, 810:

Ὁ κληρονόμος εἰδὼς ἀνῃρῆσθαι τὸν διαθέμενον καὶ μὴ διεκδικῶν αὐτόν, καὶ τοὺς καρποὺς ἀποκαθίστησι, καὶ τὰς συγχυθείσας ἀγωγὰς οὐκ ἀνακτᾶται. εἰ μέντοι ἠγνόησε, τὰ τοῦ καλῇ πίστει νομέως ἔχει δίκαια, καὶ καρποὺς τοὺς ἕως προκατάρξεως οὐκ ἀπαιτεῖ-

---

1) Indeterminatezza, che ha fatto nascere varie interpretazioni: cfr. Wieding, op. cit.

motam scilicet controversiam], si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

ται, καὶ τὰς ἀπολλυμένας ἀγωγὰς ἀνακτᾶται.

D. 34, 9, 18 pr.:

Eum, qui tacitum fideicommissum etc.

Heimb. 5, 810:

Ἐπὶ τῶν μὴ δυναμένων δοθῆναι ληγάτων, καὶ οἱ πρὸ τῆς προκατάρξεως ληφθέντες καρποὶ ἀποδίδονται τῷ δημοσίῳ.

E la '*mota controversia*' traduce pure con *προκάταρξις* uno scolio al fr. 17 cit.: *Διὰ τί* — si domanda lo scoliaste — *ὅλως ἀγνοήσας ἀφαιρεῖται τὴν κληρονομίαν, ἢ τοὺς μετὰ προκάταρξιν καρποὺς δίδωσιν;*

Le fonti bizantine, insomma, se prevalentemente traducono con *προκάταρξις* la romana '*lis contestata*', non serbano a questo istituto — ormai spento — quel nome in modo esclusivo. Dire *πρὸ τῆς προκατάρξεως* — cioè: ante litem contestatam — o *πρὸ τῆς δίκης* — cioè: ante litem — è per i Bizantini (cfr. Heimb. 5, 810) la stessa cosa. Pure la stessa cosa è per essi dire *μετὰ μόταν κοντροβερσίαν* — cioè: post motam controversiam — o *μεθ' ὑπόμνησιν* — cioè: post conventionem — o dire invece *μετὰ προκάταρξιν*.

Finisco, come ho incominciato.

I numerosissimi testi del Corpus iuris, che ancora serbano la menzione della *litis contestatio*, sono l'eco della storia. Gli effetti, che la *litis contestatio* nel diritto romano classico inevitabilmente produceva per la sua stessa organica struttura, produce ora nel diritto romano giustinianeo — per esplicita dichiarazione del nuovo legislatore — la *lite*. Se l'espressione romana 'litis contestatio' è conservata, l'istituto romano è spento. Il Brachylogus iuris civilis, che riproduce con tanta esattezza le dottrine orientali, per l'appunto avverte (IV, 13, 1): *Principium* vero litis est litis contestatio!

Miszellen.

[Septemviralia iudicia.] Nach dem index Florentinus gehörte zu den bei der Komposition der Digesten benützten Schriften auch ein liber singularis de septemviralibus iudiciis von Paulus, und diese Schrift findet sich in der Inskription dreier Fragmente des Titels de inofficioso testamento: 7, 28, 31. Hierzu hat Haloander die in der Tat sehr naheliegende Konjektur aufgestellt: de centumviralibus iudiciis. Mommsen in seiner großen Digestenausgabe bemerkt zu der Inskription der zitierten l. 7: „sic infra quoque est l. 28. 31 et in indice auctorum: fuitne de centumviralibus (Hal.)?“ und auch im index Florentinus ist in dieser Ausgabe hinter das Wort centumviralibus in der adnotatio critica ein Fragezeichen gesetzt. Dagegen in der kleineren Digestenausgabe (auch in der von P. Krüger besorgten von 1908) ist bei den drei oben verzeichneten Fragmenten zu der Inskription einfach notiert: de centumviralibus Hal. ohne Fragezeichen, was doch wohl so zu verstehen ist, daß der Herausgeber sich dieser Konjektur anschließt; daß dies wirklich der Fall ist, wird dadurch außer Zweifel gesetzt, daß in dem index auctorum bei dem liber singularis de septemviralibus iudiciis als textkritische Anmerkung einfach steht: de centumviralibus scr. Ganz ebenso, wie die kleinere Mommsensche Digestenausgabe, verhält sich in diesem Punkt die Mailänder Oktavausgabe der Digesten vom Jahr 1908.

Bei der trümmerhaften Überlieferung des klassischen römischen Rechts ist es dringend geboten, auch die kleinsten Spuren zu beachten, und sie, wenn man auch augenblicklich nichts damit anzufangen weiß, wenigstens einem künftigen Verständnis zu erhalten; hier stehen wir vor der wenig erfreulichen Erscheinung, daß man sich bemüht, eine solche Spur zu beseitigen.

In meiner Abhandlung über die querela inofficiosi (in dieser Zeitschrift Bd. 15 S. 283f.) habe ich die iudicia septemviralia in Verbindung gebracht mit der Kognitionsquerel, deren Aufdeckung den Hauptinhalt jener Abhandlung bildet. Seckel hält in Heumanns Handwörterbuch s. v. septemviralis diese Hypothese für wahrscheinlich, auf alle Fälle aber das Wort septemviralibus für echt. Dagegen meint Girard, der sich übrigens zu den Resultaten meiner Abhandlung im allgemeinen nicht ablehnend verhält, in seinem manuel élémentaire

(5. Aufl.) p. 863 Note 2: „il y a plus probablement là une corruption de centumviralibus"; er zitiert dabei nur die drei Digestenfragmente, in deren Inskription das Wort begegnet. Demgegenüber möchte ich, da die kurzen hierauf bezüglichen Bemerkungen in der zitierten Abhandlung S. 284 vergeblich gewesen sind, dartun, daß die Haloandersche Konjektur zu verwerfen ist, ganz gleichviel, ob man die Beziehung, die ich den septemviralia iudicia zur Kognitionsquerel gegeben habe, annimmt oder nicht; sie ist zu verwerfen aus rein textkritischen Gründen.

Der Tatbestand ist dieser: In allen 4 Stellen ist die handschriftliche Überlieferung dieselbe, und die Handschrift, die in erster Linie in Betracht kommt, der codex Florentinus, ist eine anerkannt gute; eine abweichende Lesart in einer andern Handschrift findet sich übrigens gar nicht vor. Daraus ergibt sich nach unbestrittenen textkritischen Grundsätzen, daß man diese handschriftliche Überlieferung zu respektieren hat, es wäre denn, daß zwingende Gründe vorliegen für die Annahme, daß der überlieferte Text nicht richtig sein kann. Nun handeln die drei Fragmente mit der angezweifelten Inskription von querela inofficiosi, und wir wissen, daß das Centumviralgericht über lieblose Testamente judiziert hat. Ist das ein genügender Grund zu der Annahme, die Inskription de septemviralibus iudiciis könne unmöglich richtig sein? Ganz sicherlich nicht! Ein solches Urteil wäre erst dann gerechtfertigt, wenn wir sicher wüßten, daß in klassischer Zeit nur das Centumviralgericht über lieblose Testamente geurteilt hat. Das wissen wir aber nicht. Wir wissen es nicht nur nicht, sondern es sprechen sehr erhebliche, u. E. zwingende Gründe dafür, daß neben den Centumvirn noch ein anderes Gericht nötig war, um den Anforderungen, welche im Anschluß an die Änderungen im Erbrecht in bezug auf den Schutz gegen lieblose Testamente zu stellen waren, gerecht zu werden.[1])

Wir sind der Meinung, daß hiermit die Sache erledigt sei, und daß Mommsen recht hatte, als er der Konjektur Haloanders ein Fragezeichen hinzufügte. Wir wollen jetzt aber noch überlegen, ob und wie man es etwa plausibel machen kann, daß aus centumviralibus, welches im Text gestanden haben soll, septemviralibus geworden sei.

Die Änderung könnte mit Bewußtsein und Absicht vorgenommen sein, im Sinn einer Korrektur einer vermeintlich falschen Lesung in der Vorlage des Florentinus oder einer älteren Handschrift. Wie in aller Welt hätte aber der Korrektor dazu kommen sollen, ein ihm vorliegendes centumviralibus für falsch zu halten? „Weit eher würde man erwarten dürfen, daß ein Abschreiber, der septemviralibus vorfand und von den centumviri etwas wußte, zur Bewährung seiner bessern Einsicht centumviralibus korrigiert hätte."[2]) Ganz dasselbe

[1]) Vgl. meine zitierte Abhandlung S. 266f.
[2]) Meine zitierte Abhandlung S. 284.

wäre zu sagen, wenn man unterstellen wollte, die Korrektur sei von dem Kompilator vorgenommen worden, welcher in dem ihm zur Verfügung gestellten Exemplar des betreffenden liber singularis von Paulus das Wort de centumviralibus iudiciis fand.

Eine zweite denkbare Möglichkeit wäre die, daß das Wort septemviralibus durch ein bloßes Versehen des Abschreibers statt centumviralibus gesetzt worden sei! Bei Schreibversehen ist es aber gewöhnlich so, daß das, was dasteht, eine unmögliche Wortbildung ist, oder keinen annehmbaren Sinn gibt. Septemviralia ist aber eine tadellose Wortbildung und hat einen guten Sinn. Daß dieses Wort an die Stelle von centumviralia aus Versehen einmal gekommen sei, könnte man sich am Ende noch gefallen lassen; daß es aber durch Versehen in die Inskription von drei Fragmenten und außerdem noch in den index Florentinus gekommen sein sollte — nein! mit dieser Zumutung wolle man uns doch verschonen!

Haloanders Konjektur ist so naheliegend, daß wohl jeder, der vom Centumviralgericht und seiner Kompetenz etwas weiß, zunächst einmal darauf verfallen wird; genauer besehen ist sie aber ein gründlicher textkritischer Hereinfall.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[Exceptio „si ea res in iudicio non est".] In der lex agraria vom Jahre 643 Z. 38 lesen wir[1]):

> (de ea re iudicare iubeto) quae res soluta non siet, inve iudicio non siet, iudicatave non siet quod eius praevaricationis causa .... facta non siet.

Dazu hat Mommsen C.I.L.I. p. 95 bemerkt: exceptiones esse ... facile apparet. Recensentur solutionis, rei in iudicium deductae, rei non per praevaricationem iudicatae exceptio.

Daß diese Stelle wohl nicht von exceptiones, sondern von praescriptiones pro reo spricht, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden; zweifellos ist, daß von einer praescriptio quae res in iudicio non est mit Sicherheit auf eine exceptio si ea res in iudicio non est geschlossen werden kann.

Ich habe nun (in der zitierten Abhandlung S. 22ff.) entgegen der Bemerkung Mommsens ausgeführt, daß mittelst der (praescriptio oder) exceptio (quae res oder) si ea res in iudicio non est nicht Konsumtion sondern Rechtshängigkeit geltend gemacht werde, daß ferner diese exceptio bestimmt und geeignet ist, einen Übelstand, der bei den iudicia quae imperio continentur eintreten kann, einigermaßen zu kompensieren. Da hier nämlich die Konsumtion erst durch Urteil erfolgt, so kann der Kläger, wenn er Abweisung in diesem iudicium

[1]) Wir dürfen so sagen, obwohl ein Teil der hier in Betracht kommenden gesperrt gedruckten Worte restituiert ist, da die Restitution völlig sicher ist, vgl. meine Abh. z. röm. Zivilprozeß S. 20.



befürchten zu müssen glaubt, den Prozeß liegen lassen und es mit einer neuen Klage bei einem andern iudex versuchen, wie dies durch Cic. pro Flacco 21, 50 bewiesen wird.[1]) Dieser Übelstand wird nun durch unsre exceptio insofern etwas gemindert, als der Kläger mit Erhebung der neuen Klage warten muß, bis das anhängig gewordene iudicium erloschen ist, in der Regel also, bis der Magistrat, der es eingesetzt hat, abgetreten ist.

Neuerdings ist nun diese exc° si ea res in iudicio non est von zwei der bedeutendsten Romanisten wieder als gleichbedeutend mit der exc° rei in iudicium deductae hingestellt worden. Lenel sagt in seinem edictum perpetum (2. Aufl.) S. 489 Note 3 in bezug auf die von ihm als Regel behauptete Zusammenkoppelung der exc° rei iudicatae und in iudicium deductae in der Formel: „ob dies von jeher in der gleichen Form geschah, wissen wir nicht. In der lex agraria von 643 lin. 38 findet sich, worauf Eisele hingewiesen hat[2]), die Wendung: quae res soluta non siet inve iudicio non siet iudicatave non siet“; Girard textes (4me éd.) p. 169 Note 9 bemerkt zu den Worten in iudiciumve (sic) deducta non est: „vestiges d'une rédaction plus ancienne loi agraire de 643 ligne 38“.

Es würde mir nicht übel passen, mich zu dieser Ansicht zu bekehren. Ich würde damit ein gutes Argument gegen die Einheit der exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae gewinnen; denn in der Fassung des Gesetzes erscheint die exceptio, die danach exc° rei in iudicium deductae sein soll, so deutlich als möglich als eine den beiden andern Defensionen koordinierte und von ihnen getrennte. Es ist durch die Ausdrucksweise des Gesetzes völlig ausgeschlossen, die erste der drei Defensionen als eine für sich bestehende, die beiden anderen dagegen als zusammen eine Einheit bildende sich zu denken. Allein ich sehe mich außerstande, mir dieses Argument anzueignen. Aufs nachdrücklichste muß ich betonen, daß es sprachlich unmöglich ist, die exc° si ea res in iudicio est mit der exc° rei in iudicium deductae zu identifizieren, es wäre denn, daß man dem Manne, der den Text der lex agraria verfaßt hat, eine ganz unverzeihliche Nachlässigkeit in der Redaktion zutraut; dazu hat man aber nicht den mindesten Grund, denn dieses Gesetz ist, wie überhaupt die römischen Gesetze der guten Zeit, mit peinlicher Genauigkeit redigiert.[3])

Sobald man sagen kann: „res est in iudicio“, ist allerdings auch die Aussage: „res in iudicium deducta est“ zutreffend, denn sie kann in iudicio nicht sein, ohne in iudicium deduziert worden zu sein; aber die Aussage „res in iudicium deducta est“ ist und bleibt wahr, auch wenn die res längst nicht mehr in iudicio ist, weil dieses durch Urteil beendigt oder sonst erloschen ist. Daß durch den Ausdruck res in

[1]) Meine Abh. z. röm. Zivilprozeß S. 16.

[2]) Daß ich die Worte der lex agraria auf Rechtshängigkeit beziehe, erhellt aus dieser Verweisung nicht.

[3]) Lenel spricht mit Recht von der „unendlichen Sorgfalt, mit der die Römer alle ihre Wortformeln abgefaßt haben“ (diese Ztschr. 24 S. 334).

iudicio est die Rechtshängigkeit so kurz und treffend als möglich bezeichnet wird, kann wohl nicht bestritten werden. Er bezeichnet einen Zustand; der Ausdruck res in iudicium deducta est dagegen ein Ereignis, an welches sich Konsumtion knüpft.

Das alles habe ich in meiner zitierten Abhandlung S. 23 ausgeführt. Man darf eine Erklärung erwarten, warum ich nochmals auf die Sache zurückkomme. Einmal lege ich Wert darauf, das früheste Vorkommen der Einrede der Rechtshängigkeit entdeckt, d. h. erkannt zu haben, daß bei der in Rede stehenden exceptio der lex agraria es sich um Rechtshängigkeit handelt. Man wird es verzeihlich finden, daß es mir nicht gleichgiltig ist, wenn diese Erkenntnis, ohne irgendwelchen Versuch einer Widerlegung, nun durch Stillschweigen begraben werden würde. Wichtiger aber ist für mich folgendes, worauf ich erst jetzt aufmerksam geworden bin. Eine Einrede si ea res in iudicio non est als Einrede der Rechtshängigkeit hat neben der exceptio rei in iudicium deductae gar keinen Sinn, weil sie vollständig überflüssig sein würde; denn die letztere umfaßt alle Fälle, wo res in iudicio est und außerdem alle die, wo sie in iudicio irgend einmal gewesen ist. Hat es also eine exceptio gegeben, mittelst deren Rechtshängigkeit geltend gemacht wurde, so ist dies ein völlig ausreichender Beweis dafür, daß es ein Gebiet gegeben haben muß, in welchem Konsumtion nicht durch Begründung des Prozeßverhältnisses, sondern nur durch Urteil stattfand, wie wir denn in dem zitierten Passus der lex agraria nur die res iudicata vorfinden. Daß dies Gebiet aber das der iudicia quae imperio continentur war, glaube ich a. a. O. durch Quellenzeugnisse und aus inneren Gründen jedenfalls für die vorklassische Zeit nachgewiesen zu haben.

Es ist vielleicht angezeigt, noch mit ein paar Worten des Gaius von Autun zu gedenken.[1]) Dort finden wir IV, 110 folgendes:

> ... opponitur exceptio rei in iudicium, hoc est si adhuc pendet iudicium ... um deductae, si iudicata in legitimo iudicio, rei iudicatae ....

Offenbar ist hier der Tatbestand der Litispendenz mit der exc. rei in iudicium deductae in eine gewisse Verbindung gebracht. Der Mann von Autun sagt aber nicht, es gebe eine exceptio si adhuc iudicium non pendet und diese sei gleichbedeutend mit der exc. rei in iudicium deductae — und wenn er es sagte, würden wir es ihm nicht glauben, da wir wissen, daß es nicht wahr sein kann. Vielmehr hat ihm folgender Gedanke vorgeschwebt: solange Urteil noch nicht ergangen ist, findet exc. rei in iudicium deductae statt. Daß er das ungenau so ausdrückt: si adhuc iudicium pendet, indem er an solche Fälle nicht denkt, in denen das iudicium zu Ende geht, ohne daß ein Urteil erlassen wird, ist ein Versehen, das einem Mann seines Schlages ebensowohl zuzutrauen als zu verzeihen ist.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[1]) Vgl. übrigens diese Ztschr. 21 S. 56.

[Zu D. 16, 1, 22.] In dieser Zeitschrift Bd. 30 S. 119f. habe ich zu begründen versucht, daß in dem in Frage stehenden Digestenfragment die Worte vel expromittat interpoliert seien. Als Grund habe ich angeführt: einmal, daß die Entscheidung dann, wenn die Frau sich zur expromissio verpflichtet hätte, doch gar zu selbstverständlich sein würde; sodann, daß das Wort eam, welches in Verbindung mit solvat auf das der Frau übergebene Geld geht, in Verbindung mit expromittat notwendig etwas anderes bedeuten müßte, nämlich eine entsprechende Geldsumme.

Der erste dieser Gründe wird sich nicht halten lassen. Wenn eine Frau ein Mandat übernimmt zu einem Akt, der sich als Interzession darstellt, so versteht es sich keineswegs von selbst, daß dieses Mandat sie obligiert und sie folglich, wenn sie in Ausführung des Mandats expromittiert, der Hilfe des Sct. Velleianum nicht teilhaftig werden kann, weil sie nur eine ihr obliegende Verbindlichkeit erfüllt habe. Es scheint mir vielmehr zweifellos zu sein, daß der Klage aus einem derartigen Mandat die exceptio Scti Velleiani entgegengesetzt werden könnte; contra Sctum factum ist doch wohl nicht nur dann, wenn die Frau interzediert, sondern auch dann, wenn sie sich verpflichtet, zu interzedieren. Wäre in dem dem Paulus (Pomponius) vorliegenden Tatbestand ein Mandat, zu expromittieren, enthalten gewesen, so konnte er an der Frage nicht vorbeikommen, ob nicht schon in der Übernahme eines solchen Mandates eine Interzession liege. Er wäre dann allerdings gleichwohl zu der Entscheidung gekommen, locum non esse senatus consulto, aber die Begründung hätte ganz anders ausfallen müssen. Nämlich so: das Sct. findet deshalb keine Anwendung, weil die Frau dadurch, daß ihr der Schuldner das Geld gegeben hat, gedeckt ist, sowohl für den Fall, daß sie den Gläubiger bezahlt, als für den Fall, daß sie expromittiert. In einem ganz ähnlichen Fall, wo die Interzession der Frau vorausgeht und Deckung durch Zahlung des Schuldners an sie nachfolgt, entscheidet Julian l. 16 pr. h. t.: exceptio senatusconsulti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum eam iam habeat.

Es ergibt sich: bleiben die Worte vel expromittat im Tatbestande, so ist zwar die Entscheidung nicht zu bemängeln, die Begründung aber paßt gar nicht; sie paßt dagegen sehr gut (a. a. O. S. 120), wenn wir die angegebenen Worte als interpoliert wegdenken. Die Interpolations-Annahme bleibt sonach bestehen.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[Pronuntiation und Judikat. Zu G. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, II. Heft, S. 139ff.] Es ist nicht zu bezweifeln, daß in manchen der hier zusammengetragenen Stellen die Kompilatoren die Worte pronuntiare, pronuntiatio durch iudicare, iudicatum ersetzt haben. Dagegen bin ich ganz entschieden

der Meinung, daß man nicht sagen konnte rem pronuntiare und folglich auch nicht exc° rei pronuntiatae. Man kann sagen rem iudicare und exc° rei iudicatae, weil da nicht nach dem Inhalt des Urteils, sondern nur nach seinem Dasein gefragt wird; bei dem pronuntiare dagegen fragt man stets nach dem „Was?" So auch Mitteis (d. Zeitschr. 33 S. 209), obwohl er — bis auf weiteres wenigstens — an der sog. positiven Funktion der exc° rei iudicatae festhalten zu wollen scheint.

Andrerseits wird sich nichts dagegen einwenden lassen, daß in bezug auf eine pronuntiatio, z. B. auf die pronuntiatio bei actiones in rem, die Bezeichnung iudicare, res iudicata gebraucht werden konnte — welchenfalls dann die Antwort auf die Frage: Was? nicht fehlt (z. B. 44, 2, 9 § 1: re secundum petitorem iudicata). Wir können uns hier auf Beseler selbst berufen. Er sagt a. a. O. S. 143: „Der Prozeß darüber, wer von zweien der Patron eines Freigelassenen ist, hat sicher keine Kondemnation, so daß die Pronuntiation sein Ende ist und Judikat genannt werden durfte." Nun wohl: bei den in rem actiones des Sakraments-Prozesses ist das Ende des Prozesses allemal nur eine pronuntiatio; niemand wird aber bestreiten wollen, daß hier gleichwohl von iudicare, iudicatum, rei iudicatae auctoritas gesprochen wurde. Wenn dann im Formularprozeß an die pronuntiatio ein weiteres Verfahren angehängt wurde, so daß der Prozeß nun mit condemnatio oder absolutio endete, so ist wirklich nicht einzusehen, warum man nun auf einmal es für unzulässig erachtet haben sollte, in bezug auf die pronuntiatio, die doch nun einmal ein Ausspruch des iudex war und blieb, in hergebrachter Weise von iudicare und iudicatum zu sprechen — immer vorbehalten, daß dann, eben weil es sich um eine pronuntiatio handelt, auch gesagt wird, was judiziert ist.

Sehr einverstanden sind wir mit Beselers Bemerkung S. 149: „es ist erwägenswert, ob nicht wie im vorklassischen so auch im klassischen Rechte die pronuntiatio secundum vindicantem vielmehr ipso iure wirksam ist." Wir gehen viel weiter (weiter auch als Brinz Pand. [II²] § 99, dessen Ausführungen sehr mit Unrecht ziemlich unbeachtet geblieben sind) und sind der Meinung, daß jedes Urteil oder Zwischenurteil, welches eine Rechtsfeststellung (pronuntiatio) ist, ipso iure zur Geltung gelangt. Wir haben uns mit dieser Materie, allgemeiner gesprochen mit der Frage nach der Durchsetzung des Urteilsinhalts im römischen Zivilprozeß, schon seit längerer Zeit beschäftigt. Um einem naheliegenden Einwand gegen die ipso-iure-Wirkung der materiellen Rechtskraft zu begegnen, haben wir schon vor einigen Jahren eine Ausführung niedergeschrieben, die wir hier als weitere Miszelle folgen lassen; Veranlassung dazu gibt uns die Bemerkung Beselers S. 148/9, über die wir uns sehr gefreut haben.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[Replicatio rei secundum actorem iudicatae.] In zwei Digestenfragmenten wird mittelst einer replicatio nicht das Dasein, sondern der Inhalt eines Urteils geltend gemacht. Diese Stellen sind

20, 1 l. 16 § 5: Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium eius vindicare non potest. sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obicietur a possessore rei iudicatae, replicet: si secundum me iudicatum non est,

und 44, 2 l. 9 § 1: Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit, re secundum petitorem iudicata an restituere cogatur? et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.

Es ist nicht zu bestreiten, daß hier vom Kläger der Inhalt des Urteils geltend gemacht wird, und ich habe dies auch anerkannt (diese Ztschr. 21 S. 51), zugleich aber geltend gemacht, daß man hiervon auf eine exceptio rei iudicatae zur Geltendmachung des Urteilsinhalts nicht schließen könne. Es wäre auch handgreiflich falsch, die in den beiden allegierten Stellen angeführte replicatio als replicatio rei iudicatae zu bezeichnen; denn diese müßte ja lauten: aut si ea res iudicata est, was sich im Anschluß an eine exceptio: si ea res iudicata non est merkwürdig genug ausnehmen würde!

Die beiden Fragmente stellen uns aber vor folgende Frage: warum berücksichtigt hier der iudex den Inhalt des zwischen den Parteien früher ergangenen Urteils nicht schon kraft seines ihn auf das ius civile verweisenden officium, ohne Anweisung in der formula?

Die Antwort lautet: er tut dies deshalb nicht, weil er es nicht tun kann, und er kann es nicht aus demselben Grunde, aus dem er bei der Formel der actio Publiciana auf die Behauptung des Beklagten, er sei ziviler Eigentümer, keine Rücksicht nehmen kann, hierzu vielmehr einer besonderen Ermächtigung durch inserierte exceptio iusti dominii bedarf (vgl. materielle Grundlage der exceptio S. 103f.). Der iudex ist in erster Linie an die in der Formel enthaltene Weisung des Prätors gebunden. In den beiden uns beschäftigenden Stellen ist durch die Formel gegeben, daß der iudex absolvieren muß, si ea res iudicata est. Das ist aber ebenso der Fall, wenn secundum actorem, als wenn contra actorem erkannt ist. Es wird also durch die vom iudex in erster Linie zu beachtende exc. rei iudicatae demselben die Möglichkeit, den Inhalt des Urteils als ius inter partes zu berücksichtigen und zur Geltung zu bringen, genommen, und erst durch die replicatio wird ihm diese Möglichkeit eröffnet.

Mit dem Gesagten haben wir aber nicht nur die replicatio rei iudicatae erklärt und dargelegt, daß sie mit unserer Annahme betr. die ipso-iure-Wirkung der materiellen Rechtskraft nicht im Widerspruch steht, sondern wir können nun gerade auf Grund der beiden Stellen, die als die festesten Stützen der Theorie von der positiven Funktion der exc. rei iudicatae gegolten haben, die Frage stellen: gibt es einen

stärkeren Beweis gegen die positive Funktion dieser exceptio, als unsere beiden Stellen, die dartun, daß die exc. rei iudicatae es dem iudex geradezu unmöglich machen kann, den Inhalt des Urteils zur Geltung zu bringen?

Auch nach einer anderen Richtung hin läßt sich diese replicatio rei secundum actorem iudicatae verwerten. Sie beweist, daß die Beachtung eines früheren inter partes ergangenen Urteils seitens des iudex nicht etwa in dem Sinn im Belieben desselben steht, wie ein Unterrichter eine Entscheidung eines höchsten Gerichts als „Präjudiz" in einem ähnlichen Fall für sich maßgebend sein lassen kann, oder nicht. Denn es ist keine Frage, daß der iudex der replicatio rei secundum actorem iudicatae parieren muß, auch wenn er das dem Kläger günstige frühere Urteil für unrichtig hält. Wie sollte denn der Prätor dazu kommen, den iudex in dieser Weise zu fesseln, wenn der Regel nach res iudicata inter partes für den iudex ohne verbindliche Kraft wäre?

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[Zum Eigentumsübergang beim Kauf.] Die Redaktion der Sav.-Z. gestattet mir, einen kurzen Vorbericht über einen Teil meiner demnächst erscheinenden Abhandlung: Der Kauf mit fremdem Geld (Studien zum griechischen und römischen Recht) zu geben. — Die Abhängigkeit des Eigentumsüberganges von der Preiszahlung oder deren Surrogaten ist auf Grund griechischer Rechtsanschauung von den Byzantinern hergestellt. Das klassische römische Recht zeigt Gaius Inst. 2, 18—20, das justinianische Just. Inst. 2, 1, 41. In einigen diokletianischen Konstitutionen wird der Kampf der griechischen und der römischen Auffassung sichtbar (C. 3, 32, 12; 4, 38, 8; 4, 38, 9; 4, 38, 12; 4, 49, 6; 3, 32, 27; vgl. auch C. 4, 49, 1; 4, 54, 3). Die Digestenfragmente, die den Satz der Institutionen Justinians zu bestätigen scheinen, sind teils interpoliert (D. 7, 1, 12, 5; 7, 1, 25, 1; 14, 4, 5, 18; 18, 1, 19; 18, 1, 53; 40, 12, 38, 2), teils ohne Beweiskraft (D. 19, 1, 11, 2; 47, 2, 14, 1; 49, 14, 5, 1). Jherings Annahme, daß der Satz, den Just. Institutionen wiedergeben, für die Manzipation durch einen Zusatz zu deren Formular überwunden worden, für die Tradition aber in Geltung geblieben sei (Geist des röm. Rechts 5. Aufl., 2, 541 ff.), ist in ihrem zweiten Teile unglaubhaft. Keine klassische Stelle, die von Tradition handelt, kennt das Erfordernis (Gai Inst. 2, 19—20; D. 6, 1, 41, 1; 6, 1, 50; 41, 1, 13; 41, 1, 31 pr.; Just. Inst. 2, 1, 43; 2, 23, 3[a]). Von den erwähnten Konstitutionen, die das Erfordernis ablehnen, handelt keine mit Sicherheit von Manzipation, C. 4, 38, 8 und 4, 38, 9 sicher, C. 4, 38, 12; 3, 32, 12 und 3, 32, 27 vielleicht, C. 4, 49, 1 und 4, 54, 3 wahrscheinlich von Tradition, D. 19, 1, 11, 2 (si modo — satisfactum T.); 14, 4, 5, 18; 18, 1, 19; 18, 1, 53; 40, 12, 38, 2 zeigen, daß die Byzantiner nicht nur dort die Preiszahlung einfügten, wo sie die Manzipation durch die Tradition ersetzten (so schon Mitteis, Röm.

Privatr. 187 A. 73), sondern auch in ursprünglich allein oder auch von Tradition redenden Stellen. Auch außerhalb der Kompilation berichtet keine Quelle von dem wichtigsten Unterschiede für das wichtigste Geschäft. — Just. Inst. 2, 1, 41 ist nach dem Vorbild von Gai Inst. 2, 20 von den Byzantinern geschaffen; Inhalt, Stellung, Form, Denkweise sind byzantinisch. Dem Käufer, der die Sache tradiert erhielt, aber den Preis nicht zahlte, steht Usukapion und Publiciana, exceptio rei venditae et traditae und Eviktionsklage zu. Will der Verkäufer bis zur Preiszahlung Eigentum haben, so bedarf er der lex commissoria oder des „pactum reservati dominii". Vor byzantinischer Zeit ist nirgends die Preiszahlung Erfordernis für das volle Recht aus der kaufgemäßen Übertragung. In dieser Zeit dringt das östliche Volksrecht auf vielen Wegen in das römische Kaufrecht ein (laesio enormis; arrha; Schriftlichkeit und Publizität des Kaufvertrages; *βεβαίωσις*; Zurückdrängung der Tradition). Dieses Eindringen beginnt in früher byzantinischer Zeit. Der westgotische Paulus zeigt die beginnende Bedeutung der Preiszahlung (Paul. Sent. 1, 13[a], 4; 2, 17, 1; 2, 17, 7; 2, 17, 13 mit den zugehörigen Interpretationen); aber erst in der justinianischen Kompilation stehen neben ihr die Surrogate: satisfactio, fideiussio, expromissio, pignus und fidem habere (sequi). Vielleicht stammt nur das letzte Glied von Justinian; vielleicht ist ein Teil der Surrogate und der ganze Satz durch vorjustinianische Interpolationen erzeugt. Ob ein Zwölftafelsatz, wie ihn Just. Inst. 2, 1, 41 berichten, überhaupt gegolten hat, und wie genau er dort wiedergegeben ist, läßt sich nicht entscheiden. Wenn er bestanden haben sollte, so muß er bereits in sehr früher klassischer Zeit überwunden worden sein.

Leipzig, Juli 1914. Fritz Pringsheim.

[*προσθήκη, προστίθημι, πρόσκειμαι* **in den Scholien der Basiliken.**] Const. *Δέδωκεν* § 10 bezeichnet die Zusätze der Kompilatoren mit *προστίθημι* (*τὰ δὲ προσθέντες*; ähnlich C. Tanta § 10: adiectionem; C. Haec: adicientes; C. Summa § 3 und C. Cordi § 4: additis). Wo die frühen Scholiasten der Basiliken, deren Bedeutung für die Erkenntnis des klassischen Rechts bekannt ist, das Wort *προστίθημι* oder die entsprechenden Worte *προσθήκη* und *πρόσκειμαι* gebrauchen, besteht die Möglichkeit, daß die Worte im Sinne der Kompilatoren verwendet sind. An einer Reihe von Beispielen soll gezeigt werden, daß dieses Kennzeichen zur Aufdeckung von Interpolationen führen kann. Dabei sind Stellen der Digesten und des Kodex zu nennen, deren Interpolation bereits auf Grund dieser Worte festgestellt ist, andere, die aus anderen Gründen als interpoliert bezeichnet wurden und eines der Worte enthalten, schließlich solche, bei denen die Benutzung dieses Kennzeichens zu neuen Nachweisen führt. In die erste Gruppe gehören: D. 12, 6, 13, 1 (d. et — est T; Krüger, Dig. ad h. l.); Stephanus, Schol. *τοῦτο ἐκ* (Heimb., Bas. 3, 31): *καὶ περιττή ἐστιν ἡ ἐνταῦθα προσθήκη; πρόσκειται.* — C. 2, 12, 17 (d. nisi — causa T; Krüger, Cod. ad h. l.); Thalelaeus,

Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 1, 411): *τοῦτο τῆς ἐκκλήτου μὴ προσκείμενον τῇ παλαιᾷ διατάξει προσεθήκαν νῦν οἱ περιφανέστατοι κωδικευταί.* — C. 5, 11, 3 (d. videtur — esse T; Krüger, Cod. ad h. l.); Thalelaeus, Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 3, 429): *τοῦτο τὸ ῥητὸν νῦν προσετέθη τῇ διατάξει. τὸ δὲ νόμιμον αὐτοῦ καινὸν οὐκ ἔστιν.* — C. 5, 14, 7 (d. tamen — actio T; Krüger, Cod. ad h. l.); Thalelaeus, Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 3, 483): *τοῦτο τὸ ῥητὸν σήμερον κατὰ καινοτομίαν προσετέθη.*

Ohne daß das hier aufgestellte Kennzeichen benutzt wurde, sind bereits als interpoliert erklärt: D. 12, 2, 35 pr. (d. omnibus — deficientibus T; Gradenwitz, Bull. 2, 10); Stephanus, Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 2, 562): *τοῦτο σήμερον προσετέθη διὰ τὸ τῶν πουπίλλων συμφέρον.* — D. 15, 1, 36 (d. in bonae — scripsit T; Beseler, Beiträge 3, 47); Enantiophanes, Schol. *εἴρηται* zu D. 23, 3, 72, 1 (Heimb., Bas. 3, 414): *εἴρηται βιβ.[ι]ε τιτ. α'. διγεστ. λς'. οὐ μόνον ἐπὶ τῆς προικός, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ πασῶν τῶν καλῇ πίστει ἀγωγῶν. εἴρηται δὲ κατὰ προσθήκην.* Die sachliche Berechtigung von Beselers Annahme ist hier nicht zu prüfen. — D. 18, 1, 19 (d. vel — satisfactione T; Enneccerus, Rechtsgeschäft 1, 250 sq.) und Inst. 2, 1, 41 (d. sed si is — fieri T; Enneccerus l. c.); Anonymus, Schol. *ὅμοιον* (Zachariae, Bas. Suppl. 184) zu D. 14, 4, 5, 18: *ὅμοιον μετὰ προσθήκης βι. ιη'. τί α' διγ. ιθ' καὶ διγ. νγ' καὶ ἰνστιτ. β' τιτ. α'.* D. 18, 1, 53 allerdings hat den Zusatz nicht. — D. 38, 17, 1, 6. Vangerow (Pand. 2, 33) wollte statt „neque“ „atque“ setzen, Cohn (Beitr. z. Bearb. d. röm. R. 1[2] 231 sq.) quive — est streichen und die Worte sed — admitti kompilatorischer Eingriffe verdächtigen. Krüger, ZSS. 19, 31 streicht sed humana — admitti. Enantiophanes sagt, Schol. *φησί* (Heimb. 4, 486): *τὸ οὖν φιλαγάθως ἐνταῦθα πρόσκειται διὰ τὸ παρὰ τὸ ἀκριβὲς κληρονομεῖν.* Man wird Cohn, nicht Krüger folgen und „humana interpretatione“ streichen (an dessen Stelle wohl ein reskribierender Kaiser zu denken ist). — D. 43, 16, 3, 9 (d. sed — intervallo; non — continenti T; Pampaloni, Stud. Senesi 5, 161; Lenel, Pal. Ulp. 1533; Pernice, Labeo 2, 1, 97 n. 1; Kniep, Vacua possessio 372, 432); Anonymus, Schol. *οὐκ* zu D. 9, 2, 45, 4 (Heimb., Bas. 5, 316): *ζήτει βιβ. μγ.' τιτ. ις'. διγ.—γ', — ἐν ᾧ προστίθησι — τὸ παραχρῆμα.* — C. 3, 31, 1 (d. omnimodo T; Albertario); Thalelaeus, Schol. *πρόσκειται* (Heimb., Bas. 4, 237): *πρόσκειται εἰς τὸ κατὰ πόδας, παντὶ τρόπῳ.* Schließlich weisen die behandelten Worte auf bisher noch nicht erkannte Interpolationen hin: D. 38, 8, 1, 2; Enantiophanes, Schol. *νόμιμον* (Heimb., Bas. 4, 505): *τὸ δὲ εὐχερῶς διὰ τοὺς γάμους πρόσκειται*; Anonymus, Schol. *τό* zu D. 38, 10, 10, 5 (Heimb., Bas. 4, 522): *τὸ εὐχερῶς πρόσκειται τιτ. η'. διγ. α'. θεμ. β'.* Vielleicht steht „facile“ wirklich wegen der Ehe (D. 22, 2, 14, 2—3), wahrscheinlicher wegen des justinianischen Erbrechts der serviles cognati (Inst. 3, 6, 10; C. 6, 4, 4, 10). Die Annahme einer Interpolation von facile liegt nahe wegen D. 38, 10, 10, 5: ad leges serviles cognationes non pertinent, um so näher, wenn D. 38, 8, 1, 2 auf die lex Cincia zu beziehen ist (Hesky, Wiener Studien 24 N. 2, 1). — C. 2, 18, 10; Thalelaeus, Schol. *τῶν* (Zachariae, Bas. Suppl. 159): *—μετέφρασαν οἱ περιφανέστατοι κωδικευταί ... τεθεικότες, ἀντ .. τὸ εἰ μὴ ἄ[χρηστος] ἦν ὁ*

οἰκέτης τῷ δεσπότῃ. Vielleicht ist [προσ]τεθεικότες zu lesen und in der Konstitution „non inutilem domino constitutum“ zu streichen, das ohnehin und besonders wegen „et negotium utiliter gessistis“ unnötig ist. — C. 4, 28, 5; Thalelaeus, Schol. τοῦτο (Zachariae, Bas. Suppl. 203): τοῦτο προσετέθη [διὰ τὸ] ἐν τοῖς δε ῥεβους κείμενον. ἐκεῖ γὰρ περὶ τῶν αναγνωσμάτων .. — Cod. Gregor. 3, 10, 1 erweist, daß „vel legationis“ interpoliert ist. D. 14, 6, 7, 13 aus der pars de rebus spricht nur von der absentia studiorum causa; das Scholion des Anonymus hierzu (Zachariae, Bas. Suppl. 200 Schol. σῆ) ist sicher zu ergänzen: σῆ· ὁμοίως βι. δ' τοῦ κώδ. τι'. κη'. διατ.—ε, ἐν ᾗ καὶ περὶ [πρεσβείας] εἴρηται (anders Zachariae). Wahrscheinlich ist im Scholion zu C. 4, 28, 5 statt [διὰ τό] [πρὸς τό] zu lesen und auf D. 14, 6, 7, 13 angespielt. Dann ist das Stichwort nicht studiorum, sondern legationis. Vielleicht dachten die Kompilatoren bei der Zusetzung von „vel legationis“ an D. 5, 1, 18, 1: si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit, wenn nicht auch dort legationis vel ebenso wie vel alia iusta ex causa im weiteren Texte interpoliert ist. — C. 4, 32, 19, 2; Theodorus, Schol. τοῦ (Heimb., Bas. 2, 722) zu C. 4, 32, 6: ὁμοίως φησὶν ἡ ιθ'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ. — προστιθεμένη, ὡς — ἡ ἀπώλεια αὐτοῦ τῷ δανειστῇ ἐγκινδυνεύεται. Gradenwitz, Bull. 3, 13 will debitor liberabitur durch liberabis ersetzen. Das Scholion legt die Streichung der Worte etiam—et nahe; dafür spricht außerdem, daß der Nebensatz mit cum nur für das zweite Glied paßt, das doppelte etiam und die Zeitverschiedenheit liberabitur — tollitur. — C. 6, 50, 2; Thalelaeus, Schol. πρόσκειται (Heimb., Bas. 4, 129): πρόσκειται εἰς τὸ κατὰ πόδας. καὶ τῶν φιδεϊκομίσσων. καί φησιν ὁ Θαλέλαιος. κυρίως ἐπὶ τῶν φιδεϊκομίσσων παρακατάσχεσις ἐκ τοῦ Πεγασιανείου ἦν. ἀλλ' ἐπειδὴ σήμερον ἀνῄρηται ἐκεῖνο τὸ δόγμα, διὰ τοῦτο καὶ ἐπὶ φιδεϊκομίσσου ἐμνημόνευσε τοῦ φαλκιδίου. Das SC. Pegasianum hat erst Justinian abgeschafft (Inst. 2, 33, 7; C. Tanta § 6[a]); von ihm stammt also der Zusatz et fideicommissorum. — Es dürfte damit gezeigt sein, daß die im Titel genannten Worte in den Basilikenscholien Beachtung verdienen. Aber ihr Vorkommen allein kann keine Interpolationsbehauptung beweisen. Auch die Klassiker machen „Zusätze“, und ein Scholiast kann Zusatz nennen, was in einer Parallelstelle aus Knappheit des Ausdrucks oder Beschränkung des Themas fehlt. Zum Belege seien einige Scholien angeführt, die sich auf klassische unversehrte Quellen beziehen: Anonymus, Schol. ὁμοίως zu D. 37, 10, 3, 11 (Heimb., Bas. 4, 77: ὁμοίως μετὰ προσθήκης D. 5, 3, 7, 2; dort: adiecit plane in rescripto); Anonymus, Schol. ἀνάγνωθι zu D. 16, 3, 6 (Heimb., Bas. 2, 42: ἀνάγνωθι D. 50, 16, 110, ἐν ᾧ προστίθησιν, ὅτι πρᾶγμα ἐπίδικον; „de qua controversia est“ ist aber dort ein klassischer Zusatz); Anonymus, Schol. ὁμοίως zu D. 22, 1, 46 (Heimb., Bas. 2, 718: ὁμοίως μετὰ προσθήκης D. 5, 3, 36, 5); Enantiophanes, Schol. ἡ δέ zu D. 23, 2, 34, 1 (Heimb., Bas. 3, 172: καὶ ἔστιν ἐναντίον διὰ τὴν προσθήκην; gemeint ist wohl „per abolitionem“, das aber dem justinianischen Recht der Nov. 134, 10, 1 widerspricht).

Leipzig. Dr. Fritz Pringsheim.

[**Pfandurkunde aus Sardes.**] Unsere inschriftliche Überlieferung pfandrechtlichen Inhaltes ist in der letzten Zeit um ein umfangreiches Stück bereichert worden, die nach dem Schuldner sogenannte Mnesimachosurkunde[1]), ein Sicherstellungsvertrag aus Sardes, wahrscheinlich dem zweiten Jahrhundert v. Chr. entstammend.[2]) Pfandobjekt sind umfangreiche Liegenschaften, deren Aufzählung nach Namen und Steuersatz fast die ganze erste Kolumne ausfüllt (Z. 3—19); schon hier ist übrigens bemerkenswert, daß diese Steuer unmittelbar an gewisse Truppenkörper (*χιλιαρχία* Kol. 1, Z. 6, 8) abzuführen ist, und daß außerdem mit der Möglichkeit gerechnet wird, daß diese Liegenschaften vom König eingezogen werden (Kol. 2, Z. 13 *ἐὰν ὁ βασιλεὺς ἀφέληται*). — Gläubigerin ist die Artemis zu Ephesos, welche durch die mehrfach genannten *νεωποῖαι* vertreten wird. Die Schuld wird einige Male als *παρακαταθήκη* von 1325 Goldstateren bezeichnet; die Summe war bei Eingehung des Pfandvertrages bereits fällig, also ursprünglich ein Personalkredit. *Παρακαταθήκη* ist an und für sich im Depositum[3]), doch muß man die Möglichkeit im Auge behalten, daß sich auch hier, wie in den Papyri öfters[4]), unter der Rechtsform des Depositums ein anderer Vorgang, etwa ein Darlehn verbirgt.

Als Pfandform ist die Sicherungsübereignung gewählt, es kann dies, obwohl gerade der dies vermutlich anordnende Eingang von Kolumne II verloren gegangen ist, aus der umfangreichen Gewährleistungsabrede in der Terminologie des Kaufgeschäftes erschlossen werden. Wenn die *βεβαίωσις* im Prozeß nicht geleistet wird (*ἐὰν δὲ μὴ βεβαιώσωμεν* Kol. 2, Z. 3), so ist Ersatz des Kaufpreises, der infolge des Prozesses entgehenden Früchte des betreffenden Jahres, endlich der Impensen (*οἰκοδομημάτων καὶ φυτευμάτων* Kol. 2, Z. 10, 15) zu leisten; letztere sind einfach, die geschuldete Summe hingegen, welche eben die Stelle des Kaufpreises vertritt, in doppeltem Betrage zu ersetzen.[5]) Als Eviktionsgarant tritt Mnesimachos, ebenso wie in den Papyri[6]) selbst auf. — Persönliche Haftung neben der Pfandhaftung wird ausdrücklich wegbedungen Kol. 2, Z. 19 *καὶ ἡ πρᾶξις ἐξ ἡμῶν μήπω γένηται ἐξεῖναι.* Endlich ist zu bemerken, daß die Urkunde,

---

[1]) Buckler u. Robinson, American Journal of Archaeology 16, 1912, 12 f. (Text und Kommentar); Prentice, daselbst 526 f. Wilamowitz, G.G.A. 1914, 89, Larfeld, W.S. f. klass. Philol. 1912, 997 f.

[2]) So Wilamowitz u. Hiller v. Gärtringen G.G.A. 1914, 89.

[3]) Lipsius, Attisches Recht 2 (1912) 735 f., besonders Aristot. 950 A. (Probl. 29, 2) *Διά τι παρακαταθήκης δεινότερον ἀποστερεῖν ἢ δάνειον;* Tempeldeposita: Ziebarth, G. G. N. 1899, 124, 125, Büchsenschütz, Besitz und Erwerb 1869, 508, für Ägypten, Otto, Priester und Tempel 1 (1905) 319, Anm. 3, und besonders für Ephesos: Forschungen in Ephesos 209, dort auch das gesamte Material; Mitteis, Z.S.S.St. 1898, 208 f.

[4]) Mitteis-Wilcken 2, 1, 257. Unterstützend tritt hinzu, daß unsere Überlieferung (s. Anm. 1) bei den Tempeln sonst nur Passivdeposita, wo der Tempel Depositar ist, kennt.

[5]) Wegen der Papyri vgl. Mitteis-Wilcken 2, 1, 188.

[6]) Mitteis-Wilcken a. a. O.

in subjektive Redewendungen gefaßt, das älteste Chirographum auf Stein darstellt.[1])

Prag. Egon Weiß.

[Ὁ ξενικὸς νόμος.] In der auch sonst sehr inhaltsreichen Veröffentlichung von Inschriften des Delphinions zu Milet[2]) findet sich ein Volksbeschluß über die Ansiedelung kretischer Neubürger, die aus ihren Gemeinden infolge städtischer Unruhen ausgeschieden sind (Nr. 33). Innerhalb einer Frist von zwanzig Jahren sind sie vom Genuß des vollen Bürgerrechts, namentlich des ius honorum (37 d) ausgeschlossen, und dürfen auch die ihnen zugewiesene Liegenschaft bei sonstiger Nichtigkeit nicht verkaufen[3]); außerdem erwächst bei Zuwiderhandeln gegen beide Teile eine Klage ἀδικίου τῆς πόλεως, die Popularklage ist. Diesbezüglich heißt es weiter Z. 10 τὰς δὲ γραφὰς τῶν δικῶν καὶ τὰ λοιπὰ [συν]τελεῖσθαι κατ[ὰ τὸν] ξενικὸν νόμον; Klage καὶ τὰ λοιπά soll also stattfinden nach dem Fremdengesetz, — für uns ein vollkommenés Novum, welches für Milet die Ansicht widerlegt[4]), daß der Fremde, weil er nicht im Bürgerprozeß klagt, von der inländischen Rechtsordnung, dem νόμος, ausgeschlossen ist. Belehrend ist übrigens auch, daß jene Landanweisungen nicht allein vom Ratsschreiber ἐν τοῖς δημοσίοις zu vermerken sind, sondern auch von den οἰνοφύλακες[5]) auf den λευκώματα registriert werden sollen, ἐν οἷς καὶ αἱ ὠναὶ ὑπάρχουσι. Damit tritt für unsere Kenntnis auch Milet in die Reihe jener Staaten, bei denen, wie die Grammatiker und Theophrast bezeugen[6]), der Vermerk von Käufen auf einem album, wohl zur allgemeinen Kenntnisnahme und Wahrung von Einspruchsfristen[7]) üblich war.

Prag. Egon Weiß.

---

[1]) Vgl. die Zusammenstellung bei Mitteis R.P.R. 1, 296, Anm. 17.

[2]) Milet, Ergebnisse der Ausgrabungen und Untersuchungen seit dem Jahre 1899, herausgegeben von Theodor Wiegand, Heft III, Das Delphinion von Georg Kawerau und Albert Rehm, 1914.

[3]) Die Herausgeber verweisen auf Dittenberger Syll.[2] 229 (G.D.I. 2, 1634) τῶν δὲ λαβόντων ἐν Ὀρ[χομενῶι γᾶς] κλᾶρον ἢ οἰκίαν μὴ ἐξέστω μηθενὶ ἀπαλλοτριῶ[σαι ἐντὸς ἐτ]έων εἴκοσι.

[4]) Literatur bei Weiß, Studien zu den römischen Rechtsquellen (1914) 3, Anm. 1; inzwischen ist dazu gekommen Koschaker, Berliner phil. W. S. 1914, 549, Wenger, Münchner S.-B. 1914, S. 10, Anm. 1, S.-A. Auch der Ausdruck ξενικὸς νόμος ist neu, Swoboda, Staatsalterthümer 124, Anm. 5. Unsere Inschriftenpublikation erwähnt übrigens für Gortyn und Knossos einen νόμος προξενικός, nach welchem die vindicatio in libertatem zu Sklaven gemachter Milesier stattzufinden hat, Nr. 140, Z. 34,50.

[5]) Wilamowitz a. a. O. nimmt an dem überlieferten Worte „οἰνοφύλακες" Anstoß.

[6]) Theophrast περὶ συμβ. 1: ἔνιοι δὲ προγράφειν παρὰ τῇ ἀρχῇ πρὸ ἡμερῶν μὴ ἔλαττον ἢ ἑξήκοντα, καθάπερ Ἀθήνησι κ. τ. λ. Paroemiogr. Gr. 1, 405 ἔθος ἦν τὰ πιπρασκόμενα χωρία ἢ σώματα δημοσίᾳ ἐγγράφεσθαι ἐν σανίσι λευκαῖς, vgl. Beauchet, hist. d. droit privé 3. 334. Wegen der doppelten Aufschreibung ἐν δημοσίοις und ἐν λευκώμασι Wilhelm, Beiträge zur griechischen Inschriftenkunde 1909, 258 f., wegen der λευκώματα auch Mitteis-Wilcken 1, 2, 306.

[7]) So Rabel, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders 1909, 13 f.

[Eremodicium.] A. Steinwenter schreibt mir in seinen schönen und tüchtigen Studien zum römischen Versäumnisverfahren S. 93 A. 3 eine unmögliche „Ableitung“ des Wortes *eremodicium* zu, deren Urheberschaft ich nachdrücklich zurückweisen muß. Der von ihm getadelte Satz findet sich in einem Artikel '*Absentia*' bei Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie 1 (1894), 121 und lautet, soweit er hergehört, folgendermaßen: Versäumte ... der Beklagte *(lis a reo deserta,* Ulp. *eremoiudicium)* den Schwurgerichtstermin, ... Hier stößt der Leser der R. E. allerdings auf ein merkwürdiges Wortungetüm, das von Ulpian herstammen soll. Doch kann ich die Verantwortung dafür mit gleich gutem Recht ablehnen wie der römische Klassiker. Meinen Beweis gründe ich auf den Sonderabdruck des Art. *Absentia,* der seinerzeit für mich hergestellt und damals mehreren Fachgenossen mitgeteilt wurde. Vor kurzem hat auch Herr Dr. Steinwenter Gelegenheit gehabt, diesen Abdruck einzusehen und darin das in Rede stehende Wort in seiner richtigen Gestalt festzustellen. Mithin wäre der Tadel nicht gegen mich, sondern gegen den unerbetenen Mitarbeiter in der Druckerei der R. E. zu richten gewesen.

Übrig bleibt aber noch die Frage, ob der Druckfehler als solcher, auch ohne die eben gegebene Aufklärung, von jedem Leser erkannt werden mußte? Was Steinwenter in meinem Art. gefunden haben will: eine „Ableitung“ des Wortes, das ist, wie der Augenschein lehrt, darin nirgends enthalten. Vielmehr beschränke ich mich darauf, zu behaupten, daß die *lis a reo deserta* der Klassiker in den Ulpianstellen der Pandekten *eremodicium* heißt. Da nun der Florentinische Text des Justinianischen Rechtsbuchs nur zwischen *eremodicium* und *heremodicium* schwankt, so konnte wohl die in der R. E. auftauchende Mißgestalt nie für etwas anderes gelten als für eine Schöpfung des Druckfehlerteufels.

Zu dem sehr beachtenswerten Vorschlag Steinwenters, das Wort *eremodicium* der Pandekten dem Juristen Ulpian abzuerkennen und Tribonian zuzuschreiben, habe ich an diesem Orte nicht Stellung zu nehmen.

M. Wlassak.

Literatur.

P. de Francisci, *Συνάλλαγμα,* Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati. Vol. I. Pavia 1913. Mattei & C. Editori.

Der vorliegende erste Band stellt den Anfang einer Monographie dar, welche die textkritische Arbeit der letzten Jahre über die actio praescriptis verbis zusammenfassen und juristisch verarbeiten soll. Breit werden die Quellen vorgelegt, die moderne Literatur ist vollständig und mit gut begründetem Urteile verwertet.

Der Verfasser gibt nach einem Überblick über die modernsten Theorien seine eigene Anschauung an der Spitze des Buches (p. 39). Das klassische Recht habe nicht die actio praescriptis verbis, noch auch die actio civilis incerti und die actio civilis in factum gekannt; die Klassiker wenden in den Fällen, in denen die Byzantiner diese Termini gebrauchen, möglichst eine actio an, welche aus einem der benannten Kontrakte entspringt, oder eine actio doli oder eine actio in factum oder einfach eine condictio. Die actio praescriptis verbis ist eine nachklassische Schöpfung, die nicht justinianisch sei, sondern wahrscheinlich aus einer Entartung des Begriffes der actio in factum zu erklären sei, die im Verlauf der prozessualen Entwicklung aus mannigfachen Gründen eingetreten sei. Als Schöpfung der byzantinischen Rechtsschulen für den Innominatkontrakt trage sie dessen Gepräge und zugleich den Charakter des klassischen bonae fidei iudicium, da der Innominatkontrakt in vielen Beziehungen dem klassischen bonae fidei Kontrakte verwandt erscheine. So trete die actio praescriptis verbis in dem Scholion des Stephanus auf, dessen scheinbare historische Bildung auf keiner Grundlage ruhe und nur allzusehr die Forschung irregeleitet habe.

Diese These ist nicht neu. Sie war durch die Arbeiten von Gradenwitz, Pernice, Lenel, Naber, Perozzi, Beseler vorbereitet und sie lag in der Luft, seit wir durch die Quellenstudien der letzten Jahre das Wirken der Männer von Berytos hatten verstehen lernen. Hans Peters hatte sie auch schon etwa mit denselben Worten ausgesprochen; die eigenartige Bedeutung der vorliegenden Arbeit liegt in der Zusammenfassung und in der umfassenden Einzelexegese der einzelnen Fragmente. Das muß um so stärker betont werden, als die grundsätzliche Fragestellung der Arbeit durch die Kritik und durch die neueren

Forschungen nicht unangefochten bleiben dürfte. Der Verfasser stellt schon im Titel den Begriff Synallagma in Zusammenhang mit den Innominatkontrakten. Er geht von dem Gedanken aus, daß das Wort und der Gedanke des Synallagma in D. 2, 14, 7, 2 und D. 50, 16, 19 auf Interpolation beruhe. Im Synallagma sieht er mit Sicherheit die Gegenseitigkeit der Leistungen im Schuldvertrage, *συνάλλαγμα* ist ihm ein sicheres Wort für den Tausch. Man darf begierig sein, ob der zweite Band den Nachweis für diese Auffassungen voll erbringen wird. Ich meine ganz im Gegenteil: die Beselersche Behauptung über die byzantinische Provenienz des Begriffs Synallagma ist grundlos, er geht vielmehr auf die klassischen Juristen zurück und bedeutet ihnen einfach den Vertrag, conventio, das ultro citroque consensu factum. Auch die Byzantiner gebrauchten oft das Wort in diesem Sinne, wenn sie es allgemein für den Vertrag anwendeten. Der Darlehensvertrag, das Depositum, selbst die Stipulation heißen bei ihnen *συνάλλαγμα*. Allerdings ist dabei durch die spätrömische Theorie des Innominatkontraktes, welche die Berytiner formuliert haben dürften, das unbenannte Synallagma unter den Gesichtspunkt des *δὸς λαβέ*, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias gebracht worden. Und daher entstand eine byzantinische Theorie, daß gerade die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen eine Voraussetzung zur Klagbarkeit bei den Verträgen sei. Aber deshalb ist doch nicht für jedes Synallagma, das die Byzantiner mit diesem Namen belegen, der Austausch der Leistungen zum notwendigen Begriffsmerkmal geworden. Synallagma heißt auch nicht von Haus aus Tausch. Wer es behauptet, übersieht die ganzen griechischen Quellen, die Rechtssprache des hellenistischen und byzantinischen Notariates, endlich vergißt er, daß die Byzantiner das eigentliche Tauschgeschäft *ἀνταλλαγή* nennen. Daß im römischen Synallagma der Juristen der Austausch liege, mag die moderne Scholastik lehren, sie schleppt damit einen Übersetzungsfehler weiter, der sich seit Alciat[1]) eingebürgert zu haben scheint. Die historische Forschung dagegen, die auf der Gesamtheit der Quellen aufbaut, wird zu der Erkenntnis stehen müssen, die schon den großen Humanisten geläufig war, die ja besser griechisch konnten als die Romanisten des 19. Jahrhunderts. Schon Duaren (Opera, Paris. 1550 p. 100 f.) hatte im tractatus de pactis festgestellt, daß sich die Gegenseitigkeit, welche im Synallagma eine Rolle spielt, nur auf die gegenseitige Abgabe der Willenserklärungen im Schuldvertrage bezieht. Wie die Byzantiner dazu kamen, dabei auch an die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen und an das Austauschverhältnis der Leistungen zu denken, was sie bei dem Innominatkontrakte und in ihrer Dogmatik auch sonst zweifellos taten, das erklärt sich meines Erachtens aus den prozessualen Theorien der Byzantiner, welche heute noch nicht dargelegt sind. Sie haben bei jeder bonae fidei actio die Vorstellung, daß ultro citroque obligatio vorliege, sie haben das Dogma der mutuae actiones, der *ἀμοιβαία ἀγωγή*, welche bei jeder bonae

[1]) de verbor. signific. ad. D. 50, 16, 19. Bat. Lugd. 1536 p. 117 f.

fidei actio gegeben ist und zum doppelseitigen Prozeßverhältnis, zum Leistungsurteil auch gegen den Kläger, führt. Aus dieser Prozeßtheorie zusammen mit einem Gedanken des griechischen Schuldrechtes, das selbst bei dem Kaufe immer für die Einklagbarkeit der einen Leistung es fordert, daß die Gegenleistung erbracht sei, ist die Gestaltung der Innominatkontrakte bei den Byzantinern Justinians meines Erachtens zu erklären, und die Folgen dieser Lehren schlagen sich in gewissen Scholien der Byzantiner über das Synallagma nieder, ebenso wie in den Novellen Justinians. So ist der Gedanke des Synallagmas weit über das Gebiet der Innominatkontrakte hinaus wichtig. Und es ist bedenklich, den Begriff Synallagma an die Spitze einer Arbeit zu schreiben, die nicht über diese Lehre hinausgreifen will. Aber bei dieser Ausstellung bleibt doch das Verdienst des Verfassers auf dem Gebiete der actio praescriptis verbis ungeschmälert.

Der Verfasser beginnt die eigenen Darlegungen mit Bemerkungen zur Terminologie: Actio praescriptis verbis, actio civilis incerti, agere praescriptis verbis. Der Terminus actio praescriptis verbis sei nicht klassisch. Das Fehlen einer ediktalen Rubrik, die Ungenauigkeit und das Unpassende des Namens, der für alle bonae fidei iudicia ebenso paßt (Beseler), wird für entscheidend gehalten. Man könnte meines Erachtens hinzufügen, daß der Name jedenfalls der festen Terminologie, wie sie seit der Republik im Formularprozesse sich gebildet hat, nicht entspricht. Danach ist „verba iudicii“ der Ausdruck für die ganze Formel, so daß es seltsam wäre, wenn die ersten Worte daneben als praescripta verba bezeichnet würden. Auch der Ausdruck actio civilis incerti wird für interpoliert erklärt, soweit er für die actio praescriptis verbis gebraucht sei, so insbesondere in D. 16, 3, 33; die sämtlichen Stellen, in denen das agere incerti unverdächtig sei, bezögen sich auf die actio ex stipulatu und die actio ex testamento mit inzerter intentio, während für die Stellen über die Innominatkontrakte der Beweis der Interpolation angetreten wird.

Dann wird die These des Verfassers für die einzelnen Fälle des 4 Typen-Schemas des römischen Innominatkontraktes der justinianischen Gesetzgebung durchgesprochen. Für den Trödelvertrag wird eine actio in factum als Klage wegen Nichterfüllung in D. 19, 5, 13 pr. gefunden, während die anderen Stellen mit ihrer actio praescriptis verbis wohl mit Recht als interpoliert betrachtet werden. (D. 19, 5, 17, 1. D. 17, 2, 44.) Gegen den Abschnitt vom Tausch habe ich meine Bedenken. Der Verfasser hat für die Auslegung der schwierigen Stelle D. 2, 14, 7, 2 den Standpunkt Perozzis eingenommen: Aristo habe den Tausch nach Kaufgrundsätzen behandelt, die Eviktionsklage, welche für den Fall, daß der für Freilassung des Pamphilus hingegebene Stichus evinziert werde, sei einfach die actio empti gewesen. So wenig elegant kann das „elegante Responsum“ des Aristo kaum gewesen sein. Denn dann hätte er ja einfach von einem benannten Vertrage, aus dem die actio empti geht, gesprochen, und er wollte doch gerade von Fällen reden, in denen auch trotz Versagens der Aktionen die Wirkung des Ver-

trages deutlich wird. Aristo sagt meines Erachtens, es gebe Verträge auch dort, wo die benannten Aktionen versagen. Allerdings kann der römische Jurist füglich nicht nach „συνάλλαγμα esse“ fortgefahren sein „et hinc nasci civilem obligationem“. Denn gerade mit dem unmittelbar vorhergehenden § ist es unvereinbar, daß wieder von einer Klage aus zivilem Kontrakt gesprochen wird. Meines Erachtens hat Aristo hier das gesagt, was Beseler in anderer Formulierung schon als wahrscheinlich bezeichnet hat: er sprach von der Anwendbarkeit der condictio, welche wegen nachträglichen Entfallens der causa dandi die gemachte Leistung zurückfordert und insofern den Vertragsinhalt, der den zu erreichenden Zweck bezeichnet hatte, geltend macht. Diesen Gedankengang dürfen wir durchaus dem Aristo zutrauen. Es ist die Zeit, in der römische Juristen die Frage erläuterten, wie sich die Begründung der Kondiktion zum Realvertrage verhalte (Gai 3, 91. Julian D. 26, 8, 13), ob dieselben Grundsätze wie auf Entstehung der Obligation aus Kontrakt auch auf die Kondiktionen anzuwenden seien. Auch in der folgenden Notiz über die Meinungsverschiedenheit zwischen Julian und Maurician war wohl nur von Kondiktion und actio in factum die Rede. Julian dürfte eine Kondiktion nach der Freilassung des Pamphilus überhaupt für unmöglich erklärt haben, während Maurician auch dann noch eine Kondiktion auf den Wert des Pamphilus für möglich erachtete. Im praktischen Enderfolge bleibt jedenfalls für die klassischen Juristen das Ergebnis, das der Verfasser auf gebahnten Wegen herausarbeitet: eine actio in factum als Schadensersatzanspruch bei Eviktion des im Tausch hingegebenen Gegenstandes, D. 19, 4, 1, 1, andererseits eine Meinung, welche auch hier nur mit der Kondiktion operiert, D. 12, 4, 16. Auch für den Anspruch wegen Nichterfüllung der Tauschabrede möchte de Francisci mit Bonfante und Beseler nur die Kondiktion als paulinisch annehmen: die Interpolationsbehauptung für D. 19, 4, 1, 4 ist dabei wohl einleuchtend; auch daß in D. 19, 5, 5, 1 geändert ist, glauben wir. Aber es bleibt doch die Frage offen, ob die Klassiker nicht auch hier im Bedarfsfalle mit einer actio in factum vorgegangen sind. Wir können uns in D. 19, 5, 5, 1 hinter „dubium“ und dem jetzt vereinsamten Konjunktiv „repetatur“ sehr wohl einen Satz vorstellen „es ist fraglich, ob der praetor eine actio in factum geben soll, oder ob es genügt, daß zurückgefordert wird“. Allerdings zeigen die von de Francisci sorgsam besprochenen Reskripte im Kodex, daß das geltende Recht grundsätzlich nur von der Condictio sprach. Aber das schließt ja nicht aus, daß im Notfalle die klassische Praxis die actio in factum schon gegeben hatte. Jedenfalls ist es mir bedenklich, wenn der Verfasser bestreitet, die Klassiker hätten den Tausch als Vertrag gekannt. Ein ziviler Kontrakt, d. h. Schuldentstehung ziviler Haftung, war er allerdings sicher auch nicht für diejenigen, welche die sabinianische Behandlung nach Kaufgrundsätzen nicht mitmachten, aber selbst aus den Worten des Celsus (D. 12, 4 ult.: id genus contractus) geht doch deutlich hervor, daß es Leute gab, welche den Tausch als Vertrag behandelten. — Ich glaube daran, daß Aristo den

Tausch als Vertrag betrachtete und gerade deshalb als συνάλλαγμα bezeichnete, weil er ihn nicht contractus nennen mochte. Nur die Subsumption unter die Innominatkontrakte, die Änderung des prozessualen Terminus, endlich die grundsätzliche Verleihung der Erfüllungsklage auch in Fällen, wo der Klassiker mit der Kondiktion auskam, dürfte berytinisch sein.

Auf Grund eines byzantinischen Dogmas wird zusammen mit dem Tausch auch die Erbauseinandersetzung im Wege des Vergleiches zwischen Miterben erörtert. Es handelt sich um die in letzter Zeit von papyrologischer Seite oft besprochene Eviktionsgarantie für diejenigen Gegenstände, die den Miterben bei der Nachlaßteilung zugewiesen werden. Für den Vertrag sprechen die Byzantiner (Schol. Bas. XLII 3, 70) vom *συναλλάττειν τὰ μέρη τῆς κληρονομίας*, vom *συναλλάττειν τὰς ἀγωγάς* (Schol. Bas. XLII 3, 78). Die Gegenstände des Nachlasses werden hier durch gegenseitige Vereinbarung zugewiesen, die passive Belastung wird verteilt. Das rechtfertigt dann die byzantinische actio praescriptis verbis zwischen den Miterben, wenn dem einen von ihnen eine Sache entwehrt wird und er in die Lage kommt, seinen Schaden auf die Miterben zu verteilen. Die Klassiker gingen dabei von der Stipulation aus, die sich die Miterben bei der vertraglichen Auseinandersetzung über den Eviktionsfall leisten, ganz wie die vom Verfasser nicht beachteten ähnlichen Klauseln der ägyptischen, der griechischen und hellenistischen Notariate im gleichen Falle. Wenn die Stipulation nicht geleistet war, ist mit Kniep (praescriptio und pactum p. 90) wahrscheinlich ein Klagschutz anzunehmen, den die Jurisprudenz dem Prätor zur Aushilfe anempfahl. In D. 21, 3, 66, 3 (lies: quae daretur in eum ei qui negotium absentis gesserit) ist allerdings wohl nur, wie ich einwenden möchte, eine negotiorum gestorum actio mit ähnlicher Struktur erwähnt wie jene actio utilis, welche den Byzantinern als actio quasi institoria geläufig ist. Sonst mag wirklich, wie schon Kniep vermutete, eine actio in factum geholfen haben, ähnlich den anderen Fällen, in denen die Klassiker die vergessene Stipulation durch solche Hilfe ersetzten. Statt dessen haben die Byzantiner im Kodex die actio praescriptis verbis eingesetzt (C. 3, 36, 23. 3, 36, 14. 3, 38, 7). Es ist mir schwer glaublich, daß die Meinung des Verfassers zutreffen sollte, nach welcher die Klassiker hier nur die Kondiktion kannten. Der Verfasser nimmt diese Meinung Beselers an. Sollte der entwehrte Miterbe anstatt der Klage auf Schadensverteilung für den einzelnen Gegenstand wirklich das gesamte Teilungsergebnis durch die Kondiktion haben angreifen dürfen? —

Die Darstellung zum Typus do ut facias hat ähnlich auf den Spuren Beselers und der älteren Interpolationsarbeiten die klassischen Zeugnisse bzw. die actio civilis incerti entkräftet. Im wesentlichen überzeugend ist für mich die Darstellung zu dem Typus facio ut des. Die actio de dolo ist hier allein klassisch, als Nichterfüllungsanspruch wegen Säumigkeit mit der Herausgabe der zu leistenden Sache. Nach den echten Stellen D. 19, 5, 5, 3. D. 19, 5, 16, 1. C. 2, 20, 4 wird mit

22*

gutem Grunde der Kritik Beselers und Perozzis zu D. 19, 5, 15 beigetreten. Bekannt ist die gajanische Entscheidung (3, 143) und ihre Veränderung in den byzantinischen Versionen. Wer dieser Beweisführung folgt, sollte nach der Anschauung des Verfassers mit Notwendigkeit dazu kommen, an der berühmten Konstitution C. 2, 4, 6, 1 Anstoß zu nehmen, welche die „actio utilis quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat" erwähnt. Der Verfasser erklärt sie mit vielen anderen für interpoliert. Daß sie in ihrem Ende nicht dem klassischen Rechte entspricht, ist dringend wahrscheinlich. Denn der Klassiker kennt keine actio ex stipulatu auf id quod interest. Andererseits kann der Text id quod interest nicht justinianisch sein, da ja Patrikios (schol. ad Bas. XI 2, 23) ihn schon kannte. Also ist er nach de Francisci eine vorjustinianische Interpolation. Ich bin in diesem Punkte nicht überzeugt. Weder ist der Tatbestand des facio ut des so scharf herausgearbeitet, daß wir aus der Stelle wirklich Sicheres für die klassische Behandlung dieses Falles gewinnen könnten, noch ist die Beziehung der Stelle zum Patrikiosfragmente sicher so zu fassen wie es der Verfasser glaubt. Es erscheint wahrscheinlich, daß Patrikios den Text der Stelle ohne Erwähnung der Stipulation vor sich sah. Denn er deutete eine Entscheidung des Reskriptes und hätte doch wohl eine mögliche Deutung des id quod interest auch für die actio ex stipulatu versucht, wenn er diese in dem echten Texte erwähnt gefunden hätte. Wahrscheinlich ist eben der ganze letzte Satz 'aut enim—danda est' erst justinianisch, ein Kompilatorenglossem, das übrigens schon durch die Stellung nach dem Wortlaut des Entscheides auffallen muß. Wenn das richtig ist, kommt die Stelle zwar nicht als Beleg für eine actio praescriptis verbis vor Justinian in Betracht, aber es wird doch ebensowenig wahrscheinlich, daß der Klassiker die Stelle auf eine actio ex stipulatu bezogen haben sollte. Wahrscheinlich bleibt, daß das id quod interest, dessen Echtheit doch wohl eben dadurch, daß es von Patrikios glossiert wurde, sicher ist, sich auf eine formula in factum bezog, die den Kläger schützen sollte. Die Berytiner sahen darin einen Anwendungsfall der ihnen bekannten actio praescriptis verbis. Vielleicht enthält der letzte Satz auch Elemente, die einst auf diese Entscheidung deuteten (⟨nam⟩ si omissa verborum obligatio est, utilis actio quae rem gestam demonstrat, danda est?). Was man von diesem Vorschlag denken mag, jedenfalls scheint es mir bedenklich, daß die Klassiker ohne die Stipulationsklausel auch in den Fällen, in denen der eine Teil schon erfüllt hatte, keinen anderen Klagschutz als die Kondiktion gekannt hätten.

Für den Fall facio ut facias wird auch dargelegt, daß das klassische Recht ohne die actio praescripts verbis auskam: teils durch Einreihung in die zivilen Kontrakte, teils durch Annahme einer besonderen actio in factum, teils durch Anwendung der condictio. D. 19, 5, 5, 4 wird als ein nachklassischer Traktat ausgesprochen, der die natura contractus für das Mandat untersuchte. Am Ende sei dieser § 4 ebenso wie in § 5 der Text des nachklassischen Traktates mit dem

Nachweis auf die actio praescriptis verbis versehen, den die Kompilatoren anbrachten, wodurch in § 5 die Erwähnung einer besonderen actio in factum verschwand. Wenn die acceptilatio mit der Maßgabe vorgenommen war, daß der liberierte Schuldner seinen Schuldner anweisen sollte, sei keine Klage auf den Vollzug der Anweisung klassisch, sondern nur die condictio auf die vom Gläubiger erlassene pecunia gegeben. Bei dem Gebrauchsaustausch sei subsidiär für die actio ex locato und die actio commodati eine actio in factum im 2. Jahrhundert üblich gewesen. Mit ähnlichen Thesen werden die Interpolationen in D. 10, 3, 23. D. 19, 5, 19, 1 begründet. Überzeugend ist mir die Exegese von D. 19, 5, 25, wo durch die richtige Auslegung des 'nec esse hoc contrarium' sicher wird, daß im klassischen Texte nicht von einem agere praescriptis verbis, sondern von einer Kondiktion die Rede war.

Der Darstellung über die Innominatkontrakte ist im 8. Kapitel eine Erörterung anderer Fälle beigegeben, in denen die actio praescriptis verbis oder die actio civilis incerti von den Klassikern genannt zu werden scheinen: die donatio sub modo, das precarium, das pactum de restituenda dote, der bedingte Kauf. Nur auf einzelnes sei hier eingegangen. Für das Fragment D. 19, 5, 16 pr. ist die Interpolationsbehauptung hinreichend begründet. Die Stellung im Ediktskommentar des Pomponius beweist, daß hier ursprünglich die Kondiktion im Vordergrunde der Diskussion stand, wenn sie auch vielleicht nicht allein genannt war, sondern neben ihr noch ein eventuell in Betracht kommendes Hilfsmittel, die von Haymann und Mitteis behauptete actio doli. Während Mitteis hier den Beweis einer diokletianischen actio praescriptis verbis in den Reskripten des Kodex sah, wie 8, 53, 9. 8, 53, 22, 1, wird vom Verfasser mit einiger Wahrscheinlichkeit behauptet, daß sie nur den Fall des durch Stipulation gesicherten modus betrafen. Das wird besonders überzeugend, wenn wir sehen, wie die Byzantiner ihr Schema (bei Stipulation actio ex stipulatu, bei Fehlen der Stipulation actio praescriptis verbis) auch in der Erläuterung eines Reskriptes durchsetzten, das neben der Stipulation eine ganz andere Klage betraf. (Vat. 286. C. 8, 54, 3, de Francisci 265 ff.) Gegen die actio praescriptis verbis bei bedingtem Kaufe ist der Verfasser mit Recht dem Fragment D. 18, 1, 50 zu Leibe gegangen. Der Fortschritt des 2. Jahrhunderts bestand hier wie in anderen Fällen darin, daß mit der Kontraktsklage aus dem pactum bei dem Kauf vorgegangen werden konnte. Labeo soll schon die actio praescriptis verbis gekannt haben, Labeo soll nach dem Verfasser an die actio doli gedacht haben. Vielleicht war ebenso wie noch bei Proculus D. 19, 5, 12 eine actio in factum möglich.

Das 9. Kapitel führt einige Bemerkungen über die Ergebnisse der breit angelegten exegetischen Studien hinzu. Daß die actio praescriptis verbis vor Justinian in Berytos schon bekannt war, wird mit Berufung auf Patrikios und Eudoxios zugegeben. Man vermißt die Erwähnung der Schrift de actionibus, für die mindestens eine Stellungnahme zu

dem Altersansatz erforderlich gewesen wäre. Den Kompilatoren weist der Verfasser nur die Arbeit zu, die actio in factum in die actio praescriptis verbis so zu verarbeiten, daß Stephanus die actio in factum civilis in Gegensatz zu der prätorischen actio in factum bringen konnte. Endlich wird die byzantinische Theorie, welche die actio in factum als Gegensatz zur actio vulgaris anspricht, dargelegt.

Bei allem Reichtum der exegetischen Untersuchungen wirkt das interessante Buch ermüdend, da durch alle Feinheit der Einzeluntersuchung das zentrale Problem nicht gelöst, sondern nur in ein Gebiet verschoben wird, in dem eine Sicherheit der Erkenntnis heute noch nicht möglich ist. Statt in den klassischen Quellen suchen wir mit dem Verfasser die Entwicklung der actio praescriptis verbis in den für uns verschlossenen Studierstuben der Leute von Berytus. Wie kamen diese Berytiner zu der actio praescriptis verbis? Soll sie ganz als Erzeugnis der Studierlampe angesprochen werden oder ist ein Anknüpfungspunkt in den späten Rechtsquellen in der Gesetzgebung anzunehmen? Bestehen historische Beziehungen zwischen der actio in factum und der actio praescriptis verbis? Welchen Einfluß hatte die Prozeßgeschichte, die nachklassische Praxis, die Dogmatik der Schultheorien? Einen Teil dieser Probleme verweist der Verfasser in den zweiten Band. Aber schon für das klassische System hätten wir gern mehr darüber gehört, wie der Verfasser sich das Verhältnis von Kondiktion und actio in factum vorstellt. Es müssen doch gewisse Grundgedanken des klassischen Rechtes den Erfüllungsanspruch aus dem nichtbenannten Vertrage für den Klassiker entbehrlich gemacht haben. Für die lebendige Abweichung vom klassischen Systeme wäre es uns wichtig gewesen zu hören, wie der Verfasser sich zu der Frage stellt, ob vielleicht der klassische Prozeß, der nur die Geldkondemnation und also Geldschadensersatz kennt, den Erfüllungsanspruch weniger brauchte als der byzantinische mit seinem Urteil auf Leistung. Vielleicht gibt uns der zweite Band auch die Anknüpfungspunkte, welche die byzantinischen Innominatkontrakte in dem klassischen Systeme fanden. Oder traut der Verfasser den Berytinern die Fähigkeit zu, eine so wichtige Neuerung wie den Erfüllungsanspruch für die nicht benannten Verträge in freier Schöpfung in den versteinernden Bau des alten römischen Systemes einzufügen? —

Freiburg i. B. J. Partsch.

Ramadier, Les effets de la missio in bona rei servandae causa. Pariser Inauguraldissertation 1911. 179pp.

Der Verfasser hat eine der fleißigen Arbeiten der Schule Girards vorgelegt, welche das bekannte Gepräge dieser Monographien der Pariser Fakultät tragen: fleißige breite Zusammenstellung des Quellenmaterials und saubere Benützung der älteren deutschen Literatur, unbedingte Gefolgschaft gegenüber den Anschauungen des Lehrers über

die Entwickelung des Prozesses, dabei eine vorsichtige konservative Behandlung der Rechtsquellen, der jedenfalls niemals ein Vorwurf wegen übertriebener Kritik der Überlieferung gemacht werden könnte.

Der Verfasser dürfte am wenigsten glücklich dort gewesen sein, wo er über den Quellenkreis des corpus juris hinaus Gelegenheit zu blicken hatte. Bei der Besprechung der staatsrechtlichen Fundamente der missio in bona beschränkt er sich auf aprioristische Konstruktionen nach modernen Formulierungen der römischen staatsrechtlichen Grundbegriffe. Die missio in bona wird hier als Ausfluß der jurisdictio des Magistrates betrachtet; es ist nicht genügend erwogen, daß die tutoris datio und die Missionen selbst in D. 2, 1, 1 als etwas über das jus dicere Hinausgehendes empfunden werden. Es fehlt meines Erachtens eine grundsätzliche Betrachtung des Verhältnisses der Missionen zu den alten Koerzitionsmitteln, obwohl doch noch im 3. Jahrhundert dieser Zusammenhang zwischen Missionen und der contumacia deutlich genug betont wird. Weil sich der Verf. auf Girards Theorien über die lex Aebutia einschwört, deshalb liegt es ihm fern zu fragen, ob nicht in älterer Zeit in den hellenistischen Städten sich ähnliche Institute finden, die wir jedenfalls erkunden müssen, um die Eigenart oder die Ähnlichkeit der römischen zu verstehen. Dem Verfasser ist es selbstverständlich, daß die Missionen nicht weit ins Altertum über die lex Aebutia zurückgehen können, weil „der Magistrat in der primitiven Epoche nicht sein Imperium nötig gehabt hätte".

Für die historische Fragestellung liegt das Verdienst des Verfassers wesentlich in den vernünftigen, aber heut doch wohl von allen gemachten Einwendungen gegen die früher verbreitete Lehre, welche die missio in bona schon in dem Referat des Livius über die lex Poetelia bezeugt fand. Wer die literarische Methode des römischen Historikers erwägt, wird kaum daran zweifeln können, daß hier in Wirklichkeit mit den Mitteln griechischer Rhetorik das übliche Idealbild des hellenischen Staates für das Rom des 4. vorchristlichen Jahrhunderts gezeichnet wird. Es ist dasselbe Schema, das wir ebenso für den Bericht des Diodor über das ägyptische Schuldrecht des Königs Bocchoris beobachten können.

Die rechtsgeschichtliche Entwickelung der Missionen wird vom Verfasser mit Recht in der Umbildung eines alten Zwangsmittels zum Vollstreckungsmittel mit Satisfaktionseffekt gesehen. Es fehlt in der Arbeit allerdings an einer exakten Untersuchung über die Entstehung der bonorum venditio. Daß der Prätor Rutilius sie eingeführt habe, ist die Meinung des Verfassers nach Gai 4, 35.

Die Entwicklung des Ediktes über die Missionsfälle wird besprochen, zunächst die ältere bei Cicero uns überlieferte Form, Cic. pro Quinctio c. 19 § 60, dann die jüngere, indem erwogen wird, ob es möglich ist, die einzelnen Klauseln der jüngeren Form mit Instituten des klassischen Privatrechtes zu verknüpfen. Der Verfasser scheidet grundsätzlich zwischen ediktalen und nichtediktalen Missionsfällen. Das entspricht der herrschenden Lehre. Vielleicht wäre es vorsichtiger gewesen, den

Mangel unseres exakten Wissens hier schärfer zu betonen. Man darf allerdings behaupten, daß der Magistrat auch in der späteren Zeit der Klassiker das Recht nicht verloren hat, auch aus nichtediktalen Gründen die missio zu verfügen. Die missio in dem außerordentlichen Verfahren in Fideikommißsachen spricht dafür alleine schon in deutlichster Weise. Aber welche Bedeutung diese außerediktale Mission damals gehabt hat, steht völlig dahin. Schon für die klassische Literatur scheinen Fälle zu fehlen, in denen wir sichere Spuren dafür nachweisen könnten, daß noch im 3. Jahrhundert in der ordentlichen prätorischen Jurisdiktion der Magistrat auch außerhalb der ediktalen Verheißungen Missionen bewilligt hätte. Der Verf. selbst hat richtig ausgeführt, daß D. 8, 5, 18 keinen solchen Fall darstellt, und auch im Falle D. 42, 4, 8 ist es doch wohl sicher, daß es sich um einen Fall handelt, der im Edikt selbst geregelt war. Wenn es lange ungewiß ist, ob der Erblasser einen Erben hat, gibt der Prätor doch offenbar aus der Rubrik, welche Gaius 3, 78 erwähnt, einen Missionsbefehl. Wir können nicht einmal einen Beweis dafür antreten, daß es im Edikte eine Generalklausel gegeben hat, in der sich ähnlich wie bei der in integrum restitutio für die majores XXV annis der Prätor noch für andre als die ediktalen Fälle die Erteilung der Mission vorbehielt. Allerdings bleibt dabei immer die Frage, inwiefern der Zustand unserer auf byzantinische Verhältnisse zugeschnittenen Quellen der Anlaß ist, da ja die Spätzeit dem Magistrat sicher nicht mehr die weitgespannte Befugnis des republikanischen Imperiumsträgers zuerkannte.

Die rechtliche Fortbildung der Mission zur Vollstreckungsform wird durch das Studium der missio in bona im klassischen Verfahren beleuchtet, ohne daß sich die Untersuchung auf das historische Thema allein zuspitzt. Unter der Frage „qui a le droit de posséder?" wird von der Meinung ausgegangen, daß von jeher das Missionsdekret allen Gläubigern das Recht zur Inbesitznahme der Masse verlieh, ohne daß der einzelne Gläubiger, der in possessionem geht, die missio nach Art eines modernen Vollstreckungstitels nötig hätte. Das könnte zunächst zweifelhaft sein, da nach dem Texte D. 42, 5, 12 pr. noch Paulus eine Streitfrage über die Wirkung des Missionsdekretes zu kennen scheint. Aber der Standpunkt des Verf. dürfte doch dem klassischen Rechte entsprechen. Schon Lenel wies darauf hin, daß die Stelle Cic. pro Quinctio c. 23 § 73 es wahrscheinlich macht, daß nach der missio, die zugunsten des einen dekretiert sei, sich alle in den Gewahrsam des schuldnerischen Vermögens setzen könnten. Es steht nicht entgegen, daß die missio dem bedingt oder betagt Berechtigten versagt wird. Dafür spricht andererseits, daß die Strafklage gegen den, der nicht die Gläubiger in die bona hineinläßt, zugunsten aller derjenigen gegeben wird, die „mit Erlaubnis des Prätors in den bona sind", nicht nur, wie die Interdikte im Falle der missio legatorum servandorum nomine oder der missio ventris nomine oder der missio damni infecti nomine nur dem vom Prätor Mittierten gegeben wird. Aber auch wenn man das anerkennt, darf man doch die Frage offen lassen, ob D. 42, 5, 12 pr.

wirklich im vollen Umfange echt ist. Die sprachliche Formulierung (. . quaeritur utrum . . potest an sit), andererseits der seltsame Anschluß des Folgenden scheint auf eine Streichung zu deuten.

Die Darstellung über die Verwaltung des von den Gläubigern in Besitz genommenen Vermögens wie der Abschnitt über den Kurator enthält nur Zusammenstellung des Standes der Lehre nach den neueren Arbeiten. Das Kapitel über das pignus praetorium ist wesentlich mit den gemeinrechtlichen Anschauungen aufgebaut. Am wenigsten ist das Schlußkapitel über die nachklassische Gestaltung der missio in bona gelungen. Es fehlt hier an einem Überblick über die nachklassische Entwicklung des Vollstreckungsrechtes, auch an jedem Versuche, die Quellen außerhalb der Kompilation aufzuarbeiten. Aber das darf ja wohl nicht in einer Zeit als Vorwurf dienen, in der wir noch alle in Unklarheiten über die Art der Anwendung des Ediktsrechtes nach der klassischen Epoche befangen sind.

Freiburg i. B. J. Partsch.

Cesare Bertolini, Prof. dell' Università di Torino, Appunti didattici di Diritto Romano. Serie Seconda. Il Processo Civile. Bd. I. 1913. II und 353 S. Bd. II. 1914. IV und 305 S. Torino. Unione tipografico-editrice Torinese.

Eine Neubearbeitung des römischen Privatprozeßrechts ist angesichts der bedeutenden Forschungen, die auf diesem Wissensgebiete seit den letzten zusammenfassenden Darstellungen großer Meister gemacht worden sind, gewiß ein Bedürfnis. Stammt doch Bethmann-Hollwegs Werk aus der Mitte der Sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts und ist auch Wachs Bearbeitung des Kellerschen Büchleins von 1883 datiert. Die Arbeiten Wlassaks, Lenels, Girards u. a., um nur einige Namen zu nennen, haben auf vielen Gebieten des römischen Privatprozeßrechts durchgreifende Revisionen unseres früheren Wissens mit sich gebracht. Eine Fülle von Monographien hat Einzelfragen herausgegriffen, deren Beantwortung aber natürlich Ergebnisse zeitigte, die an den verschiedensten Stellen in den komplizierten Mechanismus des Prozeßrechts eingreifen. Hier haben Schüler Girards, besonders aber auch jüngere italienische Gelehrte vieles geleistet. Das alles in die frühere Darstellung des römischen Privatprozeßrechts einzuordnen und auf dem weiten Gebiete alle Konsequenzen zu ziehen, alle Fragen zu Ende zu denken, erfordert schon die Arbeit eines verständigen Kenners.

Dabei ist, wie überall sonst, auch hier die Aufgabe des Forschers von der des Lehrers bei aller Verschiedenheit der Ziele nicht trennbar. Auch wer, wie Bertolini, rein didaktische Ziele verfolgt — sein Processo civile ist die Fortsetzung der appunti didattici übers Obligationenrecht — kann einer Stellungnahme zu den neuen Forschungen nicht

entgehen. Vom Standpunkt des deutschen juristischen Universitätsunterrichtes besehen, dürfte man freilich bei der Zurückdrängung, die das Studium des römischen Rechts hat erleben müssen, kaum von einem Studierenden, wenigstens einem Durchschnittsstudenten, erwarten, daß er ein Lehrbuch von rund 750 Seiten über den römischen Zivilprozeß in Erwägung ziehe. Wer bei uns römisches Prozeßrecht vorzutragen hat, darf also Bertolini und die italienischen Kollegen beneiden, wenn so starke appunti didattici für ihre Studenten in Frage kommen, Arbeiten, bei denen, um auf das früher Gesagte zurückzukommen, der Student einen tieferen Einblick auch in die Forschungswerkstätten der römischen Rechtsgeschichte nehmen kann und soll.

Die ganze Darstellung ist klar, sie macht den Leser mit allen wichtigen Quellen — die wohl mit besonderer Rücksicht auf den Studierenden an entscheidenden Stellen auch in extenso wiedergegeben sind — und auch mit der Literatur bekannt, sie übersieht es nicht, an passenden Orten Hinweise auf griechischrechtliche und auch andere (vgl. z. B. S. 89[2]) Parallelen zu geben. Dabei wird freilich die Papyrologie aus naheliegenden Gründen erst in dem bisher noch nicht vorliegenden Teil über die iudicia extraordinaria ausführlicher zu Worte kommen können, wenngleich im Überblick über die Gerichtsverfassung und auch sonst gelegentlich schon einiges notiert werden konnte (vgl. I 45[1], 48[1] über den Konvent, II 231 Note 4 ex 229).

Der erste Band des Werkes beginnt mit einem einleitenden Kapitel über Quellen, Literatur, Selbsthilfe und Prozeß, und insbesondere über die Bedeutung des ordo iudiciorum und der extraordinaria cognitio. Dabei ist die notwendige Trennung von ius und iudicium im ordo gebührend hervorgehoben.

Das zweite, dem Überblick — mehr will der Verf. hier absichtlich nicht geben (S. 44f.) — über die Gerichtsverfassung gewidmete Kapitel gliedert sich natürlich in den Paragraphen über die Gerichtsmagistrate und den anderen über die Richter. Die Darstellung der Gerichtsverfassung ist bis in die justinianische Zeit skizziert. Auch Gerichtsort und -Zeit und die Kompetenzfragen finden anschließende Besprechung.

Mit dem dritten Kapitel tritt der Verf. in die Darstellung des Verfahrens ein. Zunächst in die Schilderung des Legisaktionenverfahrens mit den Unterabteilungen: Verfahren in iure, Verfahren in iudicio, Exekution, Stellvertretung im Prozeß, „complementi" zum Legisaktionensystem, worunter der Verf. das agere per sponsionem, Anfänge der Kognition, des Interdiktenverfahrens, der prätorischen Stipulationen und Missionen rechnet, um einen letzten Paragraphen dem Verschwinden des Systems der Legisaktionen zu widmen. In analoger Weise ist die Darstellung über das Verfahren mit Formeln gegliedert, das natürlich den ungleich größeren Raum (Bd. I S. 207ff. und Bd. II) beansprucht: Verfahren in iure, in iudicio, Exekution und Rechtsmittel, die Parteien und deren Vertreter vor Gericht. Die Lehre von den „complementi", die Fälle der Rechtshilfe kraft Imperiums, dann aber die Darstellung des extraordinären Rechtsgangs, des nachklassischen und des justiniani-

schen Prozeßrechts wird wohl in einem dritten Bande folgen und dann dürfen wir auch einen Sach- und einen Quellenindex erwarten, den anzuschließen der Verf. gewiß nicht unterlassen wird.

Da ich bei eigener Arbeit noch genug Gelegenheit finden werde, mich über Einzelheiten sowohl als über die Stellungnahme zu generell bedeutsamen Fragen im Buche des Verf. zu äußern, so kann ich mich an dieser räumlich beschränkten Stelle um so eher mit einigen Andeutungen begnügen, als sich die Fragen, über die ich mit dem Verf. nicht übereinstimme, keineswegs im Handumdrehen erledigen lassen, und der Verf. bei seiner guten Quellen- und ausgedehnten Literaturkenntnis überall gut geschützte Positionen bezogen hat. Auch ist es mißlich, endgültig zu urteilen, ehe ein Werk voll fertig vor uns steht (vgl. z. B. II 68[6]).

In wesentlichen Dingen stehe ich mehr auf dem Boden der Arbeiten Wlassaks. So z. B. in der Frage nach der Stellung des Gerichtsmagistrats im gesetzlichen Spruchverfahren, in der Frage nach dem Ursprung der römischen Einrede (vgl. I 202f.), nach dem Alter der äbutischen Lex (I 212f.), die gewiß auch von Wlassak „fu studiato in particolar modo". In anderem ist, wie natürlich der Verf. selbst sich genau notiert hat, neue Literatur mit neuen Zweifeln und Vertiefungen hinzugekommen. Ferner kann der Verf. selbstredend für sich das Recht der systematischen Anordnung des Stoffs in Anspruch nehmen, dies um so mehr, als er ja das ganze System des Privatrechts für seine Studenten zusammenstellt (vgl. etwa II 121—123).

Das Buch wird gewiß den italienischen Studenten, auch denen, die nicht des Verf. unmittelbare Schüler sind, gute Dienste leisten. Es wird aber auch Forschern schon um der fleißigen Zusammenfassung des nicht jedem leicht übersehbaren Stoffes und der Literatur willkommen sein. So dürfen wir dem Verf. mit unserem Dank für seine Mühe auch die Erwartung aussprechen, daß wir bald den freilich nicht leichten Schlußteil seines Werkes erhalten mögen. Wir dürfen dabei wohl um ausgiebige Verwertung der papyrologischen Quellen und der Literatur zum römischen Prozeßrecht Ägyptens ebenso ersuchen, als den Wunsch nach den unentbehrlichen Indizes wiederholen.

München. L. Wenger.

A. Heisenberg und L. Wenger, Byzantinische Papyri in der Königlichen Hof- und Staatsbibliothek zu München. Mit 37 Tafeln in Lichtdruck. Leipzig und Berlin, B. G. Teubner, 1914.

Wie bekannt, hat die Königliche Bibliothek zu München vor einigen Jahreu durch Vermittlung des deutschen Papyruskartells eine beträchtliche Anzahl von Papyrusurkunden aus Ägypten erworben; diese bilden derzeit einen wichtigen Bestandteil der durch v. Laubmann begründeten Münchener Papyrussammlung, aus der einige ältere

Stücke schon früher veröffentlicht worden sind wie z. B. das von Wilcken, Arch. f. Pap.-F. 3, 387 publizierte ptolemäische Ehevertrags-Fragment, während allerdings die Mehrzahl jener älteren Stücke einer zusammenfassenden Veröffentlichung noch harrt. Die neuen Erwerbungen werden jetzt von Heisenberg und Wenger in einer vorzüglichen, sorgfältig vorbereiteten Ausgabe vorgelegt; die Herstellung und die Übersetzung der Texte beruht dabei auf gemeinsamer Arbeit; die paläographischen und sprachlichen Bemerkungen und der kritische Apparat zu den Urkunden rühren von Heisenberg her, ebenso die Einleitung II, während die Einleitung I und die sachlichen und juristischen Kommentare von Wenger verfaßt sind. — Die publizierten Urkunden stammen örtlich aus der Gegend von Syene-Elephantine, zeitlich aus der zweiten Hälfte des 6. Jahrhunderts. Die erhaltenen Datierungen von sieben Stücken führen in die Zeit von 11. März 574 bis 15. Februar 594. Die Papyri haben eine Art innern Zusammenhang durch die in ihnen erscheinenden Parteien, welche der Familie des Schiffers Dios-Pasarei angehören; zwischen ihnen finden Rechtsstreitigkeiten, Auseinandersetzungsgeschäfte und Kaufverträge statt, welche sich großenteils auf das Familienvermögen beziehen. Die einzelnen Urkunden tragen den gewohnten Charakter der byzantinischen Papyri an sich: großen Wortreichtum, dem der sachliche Inhalt nicht vollkommen entspricht; doch findet sich auch in ihnen einiges, was von juristischem Interesse ist und von Wenger nach Gebühr hervorgehoben und eingehend erläutert wird. So in N 4 + 5 V lin. 38 die Bestimmung, der Kauf solle gelten *ὡς ἐν δημοσίῳ ἀρχείῳ γεγενημένη*, welche für diese Zeit überrascht, sich aber auch in N 11 l. 60 und 12 l. 46 wiederfindet; vgl. dazu Wenger S. 148 (zu N 13 l. 66). Man beachte ferner die Wendung *ἐπερωτηθεὶς κατὰ πρόσωπον ὡμολόγησα* in N 4 + 5 l. 46, N 9 l. 92; doch ist hier nicht mit den Herausgebern zu übersetzen: „befragt habe ich persönlich zugestimmt“, sondern „persönlich befragt (genauer „ins Angesicht befragt“) habe ich zugestimmt“; ganz deutlich zeigt dies schon die Wortstellung, besonders in 4 + 5 l. 46. Interessant ist der Hinweis auf das zurzeit geltende formelle Beweisrecht in N 6 l. 59, dazu Wenger S. 66. Beachtung verdient in N 6 l. 7—8 der *ὅρκος ἐπακτός*; der Ausdruck ist bekannt, doch gehn die Definitionen schon in den alten Quellen auseinander; einige bestimmen den *ὅρκος ἐπακτός* als iusiurandum ab alio impactum, während Harpokration und die Basiliken darunter das iusiurandum voluntarium verstehn. In unserm Papyrus wird dieser Eid auch als *ὅρκος περὶ συνειδήσεως* bezeichnet (lin. 24). Mit ihm läßt sich etwa der Eid in P. Lips. 43 vergleichen; da letzterer ergehn soll *περὶ τοῦ μηδεμίαν ἀφαίρεσιν πεποιῆσθαι*, ersterer *περὶ τοῦ ὅτι οὐδὲν ἀπεκρύψατο* (sc. *ἡ Κακό*), sind beide Eide inhaltlich gleich. Die Parallele von Lips. 43 legt aber auch die Annahme nahe, daß der Schwur in Mon. 6 der Kako von den *μεσῖται* auferlegt worden sei, unter deren Intervention die Teilung erfolgt war (Mon. 6 l. 4); er wäre dann ein iusiur. iudiciale. Nicht zu übersehen ist auch die charakteristische Formel, mit der die Teilung des Vermögens angeordnet wird:

τὰ πράγματα εἰς τρία διαιρεθῆναι μέρη καὶ αὐτὴν μὲν λαβεῖν τρίτον μέρος (l. 4—6); ganz ähnlich der Ausdruck in Lips. 43, 16—19. — Mon. 6 enthält in l. 56 auch den Terminus *σωματικὸς ὅρκος*, d. i. der körperliche Eid auf Reliquien, Kreuz, Bibel u. a. unter Anfassung dieser Dinge. Durch seine objektive Stilisierung bedeutsam ist der Vergleich N 7, der Schiedsspruch eines Priesters ferner kommt vor in N 14; endlich in N 16 findet Wenger eine Illustration zur Lehre von der servitus oneris ferendi (S. 143). — Diese kurzen Bemerkungen sollen nur auf einzelne besonders in die Augen springende privatrechtliche Ergebnisse der Publikation hinweisen; bei eingehendem Studium werden die Münchener byzantinischen Papyri noch vieles Material aufweisen, das sowohl archäologisch interessant ist, z. B. für die Militärverfassung Oberägyptens im 6. Jahrhundert, als auch von Wichtigkeit für das Studium der byzantinischen Rechtsquellen; für dieses dürften sie eines unserer wichtigsten Hilfsmittel werden. Es ist zu hoffen, daß ein Lexikon zu den Novellen ergänzend an ihre Seite tritt. Die vorliegende Ausgabe ist durch hohe Sorgfalt ausgezeichnet, sowohl nach der philologischen als der rechtshistorischen Seite hin; die Kommentare von Wenger zeigen die umsichtige und gewissenhafte Arbeitsweise, die wir an Wenger so sehr zu schätzen gewohnt sind, wieder im besten Lichte. Zu wünschen wäre nur, daß bei einzelnen bemerkenswerten Wendungen der Urkunden jeweils konstatiert worden wäre, ob es sich um *ἅπαξ εἰρημένα* handelt, oder ob und welche Parallelen sich finden; solche Feststellung ist für den Leser sehr wertvoll, weil sie ihm viel Zeit erspart. Daß jedem einzelnen Stücke die vollständige Übersetzung des Textes beigegeben ist, halte ich entsprechend der von Wilcken und mir von jeher vertretenen Anschauungen für einen Luxus; direkt bedenklich stehe ich der Gepflogenheit der Herausgeber gegenüber, unvollständige, aber sicher zu lesende Buchstaben zu unterstreichen. Obwohl auch in der Papyruschrestomathie mit derselben nicht durchwegs gebrochen ist, bekenne ich doch, von ihr ebensowenig zu halten, wie A. S. Hunt, der sich noch jüngst wieder energisch gegen sie gewendet hat (the Classic. Review, August 1913 p. 165 f.). — Vortreffliche Lichtdrucktafeln begleiten die schöne Edition, für deren mühevolle Herstellung den Herausgebern unsere volle Anerkennung und aufrichtiger Dank gebührt.

Leipzig. Mitteis.

Rudolf Sohm (junior, Privatdozent a. d. Univ. Würzburg), **Die Litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozesses. München und Leipzig, Duncker und Humblot, 1914.**

Die vorliegende kenntnisreiche und klar geschriebene Abhandlung sucht laut Vorwort „nur ein einzelnes Institut des Prozeßrechts in seiner Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart zu verfolgen". Da es für jede Prozeßordnung geradezu ein Glaubensbekenntnis bedeutet, ob und welchen Begriff der Streiteinlassung sie besitzt — haben doch die grundlegenden Forschungen Wlassaks die heutige Romanistik dazu geführt, in der vertragsmäßigen Litis contestatio geradezu die Wurzel für den römischen Privatprozeß zu erkennen —, so ist man etwas verwundert, die L. C. vom Verfasser als ein einzelnes Institut des Prozeßrechts bezeichnet zu sehen. Unzweifelhaft hätte auch unter dem gleichen Titel ein Buch von umfassenderer Anlage geschrieben werden können; es konnte untersucht werden, wie sich im mittelalterlichen Prozeß resp. den einzelnen Wurzeln, welchen dieser entspringt und den Ästen, welche er getrieben hat, der Gedanke einer besonderen Streiteinlassung und einer dadurch bedingten Gliederung des Verfahrens, Abschneidung prozeßhindernder Einreden u. ä. ausgestaltet hat. Dazu wäre eine Darstellung des älteren deutschen, italienischen und französischen Prozesses in besonderer Hinsicht auf die bezeichneten Fragen erforderlich gewesen, und damit eine sehr umfassende Darstellung an der Hand nicht bloß der literarischen, sondern vor allem auch der urkundlichen und gesetzlichen Quellen. Der Verfasser hat seine Aufgabe anders verstanden und zu ermitteln gesucht, welche Bedeutung die mittelalterliche und spätere Doktrin dem in den römischen Quellen begegnenden Wort Litis contestatio beigelegt haben. Wenn so das Buch sein Thema enger als wir erwartet hätten, vielleicht zu enge, begrenzt, so ergibt sich daraus allerdings nur ein Vorwurf gegen den Titel des Werkes; dieser sollte anders gefaßt sein. Im übrigen haben die geschichtlichen Untersuchungen Sohms ihren selbständigen Wert, sie geben eine Geschichte des Wortes Litis contestatio, d. h. der Verwendung und Auslegung, welche demselben zuteil geworden ist, und diese Geschichte hat unzweifelhaft ihr Interesse und ihren Nutzen. Ausgegangen wird von der nachklassischen litis contestatio, in welcher der Verfasser eine Fiktion erblickt und stark betont; auf Grund von C. Th. 1, 2, 10 (a° 396): „dubium non est, contestationem intellegi etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae" konstatiert er, daß das spätrömische Recht eine fingierte Litiskontestation hat, an welche es die Wirkungen der echten, klassischen anknüpft, und als deren Zeitpunkt der Verfasser (§ 9) für das Recht des C. Theodosianus, von dem freilich das justinianische (C. J. 3, 9, 1) etwas abweicht, die Klageeinreichung vermutet; durch diese Fiktion

sei die Idee der echten L. C. im nachklassischen Recht noch lebendig geblieben. Später ist auch diese Idee erloschen; und zwar sowohl in den Ländern außerhalb Italiens, als auch in Italien selbst. Ersteres zeigt die Interpretatio zum Breviarium Alarici, welche deutlich die Einreichung der Klageschrift selbst als (wirkliche, nicht fingierte) L. C. bezeichnet, also selbst den fiktiven Gedanken einer zweiseitigen Streitbefestigung aufgibt und durch den einer einseitigen Streiterklärung ersetzt; in den späteren westgotischen Quellen und der Literatur zum Breviar verschwindet sogar das Wort litem contestari immer mehr; wo es ausnahmsweise noch vorkommt, wird es völlig mißverstanden; ebenso ist es auch in der l. Rom. Burgundionum nicht vorhanden. Was sodann Italien anbetrifft, so ist hier eine Verwendung des Litiskontestationsbegriffs allerdings noch in der Summa Perusina zum Codex aus der zweiten Hälfte des siebenten Jahrhunderts nachweisbar. S. P. 3, 9, 1 sagt: Contestatio litis non fiet nisi per interlocutionem judicis. Der Sinn dieser etwas rätselhaft klingenden Äußerung scheint aber, wie der Verf. durch Untersuchung des Sprachgebrauchs feststellt, nur zu sein, daß eine L. C. bloß in der durch den Iudex verordneten Klagezustellung liegen soll, also in der gerichtlichen Conventio. Danach würde auch hier die dem C. Theod. noch eigentümliche Fiktion eines beiderseitigen Parteiakts auf einen reellen einseitigen Parteiakt reduziert sein. — In den späteren westlichen Quellen des ersten Jahrtausends ist sodann auch das Wort l. c. verschwunden. Erst seit dem 11. Jahrhundert beginnt die L. C. hier wieder aufzutauchen, zunächst in Italien, dann — im 12. Jahrhundert — in den exceptiones Petri, bald darauf auch in Deutschland, hier wie dort in schwachen Spuren. Immer aber wird hier die L. C. rein äußerlich gefaßt, als der Zeitpunkt, an welchen sich die in den Gesetzen vorgeschriebenen Wirkungen der Streithängigkeit anknüpfen. Der Verf. bezeichnet das, wie mir scheint, nicht ganz glücklich als Fehlen des Fiktionsgedankens, den auch Justinian C. 3, 9, 1 (lis enim tunc videtur contestata sqq.) zum Ausdruck bringe. Ich sehe nicht recht ein, warum dieser Fiktion so hohe Bedeutung zukommen sollte. Sicher scheint aber, was Sohm sehr scharf betont, daß die mittelalterliche L. C. eine feierliche Erklärung der Streitabsicht im Beginn der mündlichen Verhandlung sei, also eine feierliche Prozeßhandlung zur Erklärung der Streitabsicht, daher eine leere Form. — Erst allmählich tritt in der Postglossatorenliteratur der Vertragsgedanke in der Annahme eines Quasikontraktes wieder hervor. Dabei ist es dann im wesentlichen bis auf die neueste Zeit geblieben. In interessanter dogmengeschichtlicher Darstellung zeigt uns der Verf., wie der Gedanke des Quasikontraktes immerfort die Literatur beherrscht; doch hat er jede reale Bedeutung verloren, indem die schließliche Praxis des gemeinen Zivilprozesses die Litiskontestationswirkungen an die Insinuation der Klageschrift anknüpft.

So ist im Grunde die ganze nachrömische Litiscontestatio nur ein Rudiment des ursprünglichen Instituts; zwar hatte Justinian ver-

sucht, durch C. 3, 9. 1 ihr eine der altrömischen wenigstens praktisch nahestehende Bedeutung zn geben, indem er sie in die narratio causae und das audire coepisse hinein verlegt; aber wie wir sehen hat schon die früheste Zeit der nachrömischen Entwicklung diese Bedeutung vergessen, und wenn auch seit dem Mittelalter der justinianische Gedanke von genaueren Kennern der Quellen wieder gelegentlich aufgenommen wird, so ist er doch in der Schlußentwicklung des gemeinen Prozeßrechtes definitiv erstorben. Für das moderne Recht aber ist infolgedessen die Litiscontestatio ein bloßer geschichtlicher Begriff geworden. Diese Schlußfeststellung des Verf.s ist unbestreitbar richtig, und wenn sie auch niemanden überraschen kann, so gebührt ihm doch das Verdienst, ein reich ausgeführtes Bild davon zu geben, wie sich unser Institut im Laufe der Jahrhunderte in den Köpfen der Rechtsgelehrten gemalt hat. Seine Darstellung enthält, wie ich bereits andeutete, keine eigentliche Sachgeschichte der Streitbefestigung (ob zu einer solchen überhaupt die erforderliche Prämisse einer allgemeinen gleichförmigen Entwicklung gegeben ist, weiß ich nicht), wohl aber bietet er eine wertvolle Dogmengeschichte dessen, was man seit Beginn der Rezeption unter dem Schlagwort Litiscontestatio gedacht und verstanden hat; wer immer in Hinkunft einen Teil der einschlägigen Probleme oder das Ganze bearbeiten wird, wird in diesem Buch einen trefflichen Führer durch Quellen und Literatur besitzen.

Ich kann diese Anzeige nicht mit dem Wunsch beschließen, den man sonst bei Besprechungen von Erstlingsschriften auszusprechen pflegt, daß nämlich dem Autor eine erfolgreiche Fortsetzung der begonnenen wissenschaftlichen Tätigkeit gegönnt sein möge; unser Verfasser ist nicht mehr unter den Lebenden. Er ist vor wenigen Wochen auf dem Felde der Ehre, in den Kämpfen um Bixschoote in Flandern als Leutnant in der Reserve eines mecklenburgischen Infanterieregiments gefallen. So müssen denn diese Zeilen gleichzeitig dienen als Anzeige vom Tode eines hochbegabten, edlen und persönlich überaus liebenswürdigen jungen Gelehrten, dessen Verlust alle aufs tiefste betrauern, die zu ihm als ihrem Schüler oder Freund in persönlicher Beziehung standen. Die angezeigte Schrift hatte als Grundlage seiner Habilitation für Zivilprozeßrecht an der Universität in Würzburg gedient; seine glänzend begonnene aussichtsreiche Laufbahn ist nun vorzeitig beendet und wir beklagen in ihm ein teures Opfer des wider uns frevelhaft heraufbeschworenen Krieges.

Leipzig, Dezember 1914. Mitteis.

